

國際法の國內的效力に關する 論争について

THE TRANSFORMATION OF INTERNATIONAL
LAW INTO MUNICIPAL LAW.

On Kelsen's Criticism of the So-Called
"Transformationstheorie".

講 師

一 又 正 雄

LECTURER M. ICHIMATA

1937

目 次

| | |
|---|-----|
| 第一 序 言 | 頁 1 |
| 第二 國際法の國內的效力に關する論争 | 8 |
| 一 所謂轉形學說の理論及びその態様 | 8 |
| 二 所謂轉形學說に對する Kelsen の純粹法學的批判 | 11 |
| A. 國際法の基礎理論に關する問題 | 12 |
| (一) 國際法の客體に關する問題 | 12 |
| (二) 國際法の主體に關する問題 | 15 |
| (三) 純粹法學的批判の必然的歸結——所謂轉形學說の主張に 對する全面的否定 | 17 |
| B. 純粹法學的理論の展開——條約理論修正への提案 ——國內法にて轉形を必要とする場合に於ける問題の検討 | 22 |
| (一) 條約締結の種々なる態様 | 22 |
| (イ) 元首又は一定の國家機關に條約の締結權及び批准權の 歸屬する場合 | 23 |
| (ロ) 立法機關に條約の批准權又は承認權が保留される場 合 | 26 |
| (ハ) 條約の公表が必要とされる場合 | 31 |
| (二) 所謂轉形學說の主張する轉形の眞正の姿 | 33 |
| (三) 條約が轉形行爲の不要を明示的に規定する場合 | 36 |
| C. Kelsen の所說の概括 | 37 |
| 第三 本論争に對する法律經驗的考察 | 40 |
| 一 各國及び各國裁判所に於ける國際法の地位 | |

| | |
|---|-----------|
| ——國際法違反の國內法の妥當性に關する問題 | 40 |
| 二 Kelsen の所說に對する一考察 | 46 |
| 三 Walz の執りたる理論的構成 | 47 |
| 第四 結論——將來へ殘されたる若干の問題 | 51 |
| 一 制限的二元的構成理論の行方 | 51 |
| 二 轉形理論の包藏する未解決の問題 | 53 |
| 三 本論争の背後に横たはる問題——Kelsen 學說の有する一つの意義 | 56 |
| 四 結 語 | 58 |

凡 例

本稿中に用ゐた外國雜誌の略名は次の通りである。

| | |
|----------------|---|
| A. J. I. L. | American Journal of International Law. |
| R. G. D. I. P. | Revue Générale de Droit International Public. |
| Recueil. | Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. |
| Z. V. | Zeitschrift für Völkerrecht. |

國際法の國內的效力に關する 論争について

——所謂轉形學說に對するケルゼンの
純粹法學的批判を中心として——

一 又 正 雄

第 一 序 言

國際法の國內的效力に關する論争の現状勢——所謂轉形學說とその反對說——論争の中心課題、國際法と國內法との關係に關する二元的構成理論と一元的構成理論の對立——最近國際法學に於ける純粹法學の立場——條約理論に於ける純粹法學的理論の具現——本論争の有する新しき意義。

國際法規範、特にその最も通常なる制定手續を以て定立される條約規範の國內的效力の問題、即ち斯の如き國際法規範乃至條約規範は國內的に直接適用性があるか否かの問題については、從來國際法學上に於ても又憲法學上に於ても論議の存するところであつて、一般に通説と認められてゐる所謂轉形學說 (Transformationstheorie)、即ち國際法の直接適用性を否定する學說と、ウィーン學派の擡頭と共に比較的後れて唱へ出された之に對する反對說、即ちその直接適用性を肯定する學說とが對立してゐることは餘りにも有名なる處である。この論争の背後には、後にも述べる如く、種種重要なる且複雑せる問題が横たはつて居り、それが最近益々激化せる理論的闘争の展開と共にその複雑性を倍加し、寧ろイデオロギー的尖鋭化をさへ現出して居る事實は吾人の到底見逃し難きところであるが、この論争

にも其處には國際法學の發達と共に、一つの發展の歴史的過程が存するのである。先づ第一は國際法が未だ對外的公法なりとされたる時、即ち原始的な國內法優位に基く法一元論の時代である。而してそれは又國家權力に絶對性を置く國家の *Selbstverpflichtung* の思想の行はれた時代でもあつた。その時代に於て本論争の未だ重要性を有せず且理論的にも幼稚であつたことは言ふを俟たない。第二は國際法の基礎漸く強固となりたる後、國際法は國家と國家の關係を規律するものであり、國內法は國民と國家及び國民相互間の關係を規律するものであつて、その兩者は相互に獨立別個のもので全く無關係であるとなす原始的なる法二元論の時代である。こゝに於ては國際法と國內法の兩法域は完全に峻別せられ、國際法は之を國內法に轉形するにあらざれば全く國內法上適用されないといふのであつて、其處に轉形の必要の最も原始的な姿が生じて來たのである。そしてこの時代は後にも Kelsen の言葉に出て來る如く、恰も專制君主政より立憲君主政又は民主主義的共和政へ推移した時代とも符合するのである。第三は一八九九年 Triepel がその著 *Völkerrecht und Landesrecht* を公にして、國際法と國內法の關係に關する近代的理論展開の端緒を開いてより最近に至る時代であつて、所謂轉形學說もその原始的型態より脱却して、近代理論としての法二元的構成理論の基礎の上に立ち、その後ウィーン學派によつて唱道されるに至つた一元的構成理論に基く轉形否定の反對學說と相對抗する、否理論的に對抗し得る價值を有するものとなつたのである。斯くて所謂轉形學說の發展、換言すれば本論争の理論的展開は國際法と國內法の關係に關する構成理論の發展と同一軌道を進むやうに運命づけられてゐることが判るが、これは蓋し當然のことである。従て轉形學說とその否定學說、即ち國際法の國內的效力に關する論争では、この國際法と國內法の構成理論が中心として論議さるべき課題でもあるのである。然し乍らこの基礎理論については、後に述べる Kelsen の所說の中にも簡單乍ら觸れられるし、

又これに關して既に多くの文獻もあることとて (1) (2)、こゝでは寧ろそれに譲つて置くことにする。たゞこの處で一言したいのは、最近國際法學に於ける純粹法學 (reine Rechtslehre) の立場である。Kelsen が展開する純粹法學的理論が國際法學に甚大なる影響を與へてゐることは今更いふ迄もないが、彼の國際法優位に基く法一元的構成理論は假令それが全般的に受容し得るものであるにせよ、ないにせよ、その理論及びそれから生ずべき各種の理論展開が、從來特に法論理的に無關心であり、従てその方面に於て甚だ脆弱である國際法學に大なる刺戟となり、ある意味に於ける覺醒の機會を與へたる功績は否定し難きところであらう。我國では國際法學者中に純粹法學を遵奉する學者が出來たことを何か奇怪なる事柄かの如く思ひ、又は頭から之を問題にしない學者があり、更に又特に最近の政治的情勢が純粹法學的理論の發展に不利益なるかの如く考へて殊更に之を排撃する學者もゐるが、國際法學に於いて最近最も理論的強靱性を有する學派の一つとして重要なる地位を獲得した純粹法學派が昨今或は國家の承認の理論に於て、或は亦條約理論に於て次々とその理論の展開を續けることを賞讃することは之を遵奉するの如何を問はず學者の有すべき必須の雅量ではなからうか。特に亦後述の如く本論争の裏面に横たはる深刻なる問題を理解するに於てをやである。さてこの純粹法學を率ゐる Kelsen は最近一論文を發表して、轉形學說の牙城に迫つて鎧袖一觸の論議を挑んで來たのである。(3) この論文については一二既に紹介もされてゐるが、(4) 本稿では少しく之を詳細に検討し、僅かながらも卑見を述べて見たいと思ふのである。蓋し私の考へでは、先に述べた轉形學說の發展は、この Kelsen が Transformationstheorie を名指しての最初の挑戰を契機として、更に一段の飛躍をなすのではないかと思ふからである。この挑戰に對して轉形學說を支持する學者が如何なる論戰を展開させるか、或は從來の状態のまゝで釘付になつてゐるか、若し舊態依然たる從來の轉形學說から脱却して新た

なる論陣が布かれるならば、その時に於て、それは現在の段階から次のそれへ移るであらうことを私は確信してゐるのである。

- (1) 嚮に Marburg 大學の Gustav Adolf Walz は「國際法及び國內法」(Völkerrecht und Staatliches Recht, Stuttgart, 1933) と題する浩瀚なる論文を發表し、我國でも安井助教授によつて詳細に紹介された(安井助教授「國際法と國內法との關係の再検討」國家學會雜誌、第四八卷、第八、九、一〇號、「ヴァルツに依る國際法優位構成の修正」同誌、第四九卷、第一二號)、同書に於て Walz 教授が行つた國際法と國內法との關係理論の分析は、本問題に關聯して最も注目すべき研究であると思ふ。この兩法域の關係については現在甚だ多くの理論が行はれてゐるが、各學者の歸屬をば Strupp による概觀を中心とし且 Walz の意見を加味して紹介して見よう。

A. 二元的(多元的)構成理論

Triepel, Völkerrecht und Landesrecht (Leipzig, 1899); Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil., 1923, pp. 77-121. 徹底的二元的構成。

Laband, Staatsrecht des Deutsches Reichs (Tübingen, 1911) S. 166.

Anzilotti, Cours de Droit International (Paris, 1929) pp. 49-65. 制限的二元的構成。

Strupp, Éléments de Droit International Public, Universel, Européen et Américain (Paris, 1930) pp. 19-21.

Heilborn, Grundbegriffe des Völkerrechts (Stuttgart, 1912) S. 12.

Liszt-Fleischmann, Das Völkerrecht systematisch dargestellt (Berlin, 1925) S. 14.

Walz, Völkerrecht und Staatliches Recht (Stuttgart, 1933). 國際法優位の多元的構成。

Verdross, Zur Konstruktion des Völkerrecht, Z. V., S. Bd., 1914, S. 329-359. 變説以前。國內法優位の「一元的構成」。Walz は之を多元的構成なりとする。

Wenzel, Juristische Grundprobleme I; Der Begriff des Gesetzes, (Berlin, 1920)

S. 344-516. Strupp はこれを國內法優位の一元的構成理論と見る。

以上の他に Oppenheim, Garner, Cavaglieri, Gemma 等の學者が居る。

B. 一元的(單元的)構成理論

1. 國內法優位

(イ) 國際法を以て對外的公法なりとする説。所謂ボンヌ學派(Bonner Schule)その他。

Zorn, Staatsrecht des deutschen Reiches (Berlin, 1895-97) S. 493; Grundzüge des Völkerrechts (Leipzig, 1903), S. 7.

Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus (Tübingen, 1911), S. 159, 179, 190.

(ロ) 自己制限説

Bergbohm, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts (Dorpat, 1876)

Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatenverträge. (Wien, 1880)

(ハ) その他、

Chailley, Le problème de la nature juridique des traités internationaux, Thèse, Paris, 1932. 國內裁判官の役割を甚だしく過大に評價してゐる。法技術的見地より考察せるもの。

Mirkine-Guetzévitch, Droit international et Droit constitutionnel, Recours., 1931-IV, t. 38, pp. 311 et ss. 歴史的事實を基礎としたる議論。

以上二論文に對する批判として Decencière-Ferrandière, Considérations sur le Droit international dans ses rapports avec le Droit de l'État, R.G.D.I.P., 1933, pp. 45-70.

2. 國內法優位と國際法優位の選擇

Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (Tübingen, 1920); Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Tübingen, 1928)

Merkel, Die Lehre von der Rechtskraft (Leipzig, 1923)

3. 國際法優位

(イ) 自然法學者の説

(ロ) ウィーン學派

Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tübingen, 1920) S. 204; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, *Recueil.*, 1926, t. IV. p. 231-326; *La transformation du droit international en droit interne*, *R.G.D.I.P.*, 1936, No. 1, p. 5-49. 先驗論理的單元的構成。

Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes* (Tübingen, 1923); *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Berlin, 1926); *Recueil.*, 1927, p. 287 ff. 變説後。法律論理的單元的構成。

Kunz, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, 1923; *On the Theoretical Basis of International Law*. *Transactions of Grotius Society*, Vol. X (1925), p. 115 ff.

その他 Wittmayer (*Z. V.*, 1924, Vol. XIII), Scelle, (*R.G.D.I.P.*, 1923, Vol. V) Cavaglieri. 等の學者がある。

(ハ) その他

Bar, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, Vol. vi, S. 145.

Lansing. *Notes on Sovereignty* (Washington, 1921)

Kaufmann, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältnis der Staatsgesetzgebung und der Staatsorgane zu demselben* (Stuttgart, 1899)

Krabbe, *Die moderne Staatsidee* (Haug, 1919); *L'idée moderne de l'État*, *Recueil*, 1926 III, Bd. 13, p. 513-581.

Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*. (Berlin, 1929).

Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (Paris, 1921-25), Vol. i, p. 550.

Salvioli, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. xiv (1921), p. 20.

(2) 我が國の文献には次の如きものがある。

横田教授「國際法と國內法との論理的關係」(山田教授還暦祝賀論文集 p. 509-550)

美濃部博士「ケルゼン學說の批判」昭和十年。

安井助教授「國際法體系の理論的構成」(法學協會雜誌、第五一卷、第六號)、
及び上掲(1)に述べたる Walz の著作の紹介。

Kelsen の著作の翻譯としては

横田教授譯「純粹法學」昭和十年 (Reine Rechtslehre, 1934 の翻譯)

清宮教授譯「ケルゼン、一般國家學」昭和十一年 (Allgemeine Staatslehre,
1925 の翻譯)

(3) Kelsen, “La transformation du droit international en droit interne”,
Revue Générale de Droit International Public, 1936, No. 1, p. 5-49.

(4) 田畑茂二郎氏「ケルゼン、國際法の國內法への變型」(法學論叢、第三五卷、第
五號)

大淵仁右衛門氏「ケルゼン、國際法の國內法への變更」(公法雜誌、第
二卷、第一號)

第 二 國際法の國內的效力に關する論争

一、所謂轉形學說の理論及びその態様——

二、所謂轉形學說に對する Kelsen の純粹法學的批判

一、所謂轉形學說の理論及びその態様

Laband-Gneist の條約理論——Triepel の理論——Anzilotti の理論——
——Walz の理論

所謂轉形學說 (Transformationstheorie) とは一般に如何なる内容を有する理論であるか。先づ Kelsen の言葉を藉りて同學說の主張の要綱を述べて見る。「一般に認められてゐる觀念に従へば、條約の效力、即ち條約によつて定立されたる規範の效力は、條約の締約國以外には及ばないものとされてゐる。この觀念に依れば、國際條約規範は條約締約國に對してのみ權利義務を生じ、個人即ち國家の機關又は國民に對しては何等之を生ぜざることになるものである。斯の如く、國家のみが國際法の主體たり得るとなす通說的理論の論理的歸結は個人の除外である。國際條約理論に於ては、この理論は條約實施の義務ある國家の法律又は命令に當該國際條約を轉形(transformation) する必要があるといふ觀念に到達する。蓋し條約によつて定立されたる國際規範が斯の如く國家に對してのみ權利義務を生じ、個人たるその機關又は國民に對しては何等の權利義務を生ぜぬとするならば、條約が實施せられ得るがためには當該條約の内容は、個人に對して權利義務を生ぜしめ得る形態に於て、即ち國內法秩序の形態(法律又は命令)に於て置換されねばならぬことになる。」(1) この國際法の國內法への轉形を必要となすといふのが所謂轉形學說の根本的主張である。この Kelsen の理解は國際條約規範のみを對象とするかの如く見えるが、それは Kelsen のみならず、他の多くの學者の採る方法と同じく、國際條約の締結が國際

法規範の最も通常、且重要なる定立様式であるから、(實定法主義の立場から)特に之を對象としたのであつて、轉形學說本來の主張からいへば、國際條約規範のみならず、慣習國際法規範をも包含するところの、より廣汎なる國際法規範を對象としなければならないのである。そこで二元的構成理論に基く轉形學說では、國際法が國內的に效力を有し得るがためには、ドイツ、オーストリアの憲法規定や、英米の不文法にある如き國際法を以て國內法の一部となす旨の明示的規定又は慣習法が必要となるのである。而してこの規定に基いて國際法が國內法に轉形される一換言すれば國內法として適用される一ことになるのであるが、この國際法の轉形は、或は國際法の國內法による「採用」(adoption)、「暗默的採用」(tacit adoption)、「受容」(reception) などといはれ、學者によつてその説明の仕方の異なるに伴ひ、用語も亦違つて用ゐられて居る。(2)

前にも述べた如く、國際法と國內法との關係に關する理論は、この轉形學說と根本的な關係を有するのであつて、原始的なる二元論に基く轉形學說はおのづから原始的且單純なる理論形態を執り、その後進化したる二元論に基くものは、より複雑なる態様を示して來るのである。例へば Triepel の理論(3) や或は Triepel 以上に有名なる所謂 Laband-Gneist-theorie と稱せられる條約理論(4) に現はれたる轉形理論は、Anzilotti(5) 又は最近の Walz (6) の理論に現はれたる轉形理論に比すれば遙かに原始的なことが判るのである。例へば Laband の條約理論に於ては徹底的に國際法と國內法を峻別するため、所謂轉形なる行爲も單純に理解され得るのである。即ち、Laband は條約の國際法上の效力と國內法上の效力を區別し、國內法上の效力を轉形なる國家の行爲に依存せしめるのであるが、この兩法域を徹底的に分離する結果は、最早この轉形行爲に關する、より理論的な分析を必要としないのである。然るに Anzilotti は轉形行爲の必要を認めることについては同様であるが、國際法と國內法の關係について複雑なる理

論を採るため、轉形行爲に關する理論も簡單には行かない。Anzilotti が根本的理論として條約と法律が夫々所屬する秩序の異ると同様に性質的相異があるとか、條約がそれ自ら法律たり得ざるを以て條約上の權利義務を履行するため法律と同様の國內法規の定立を必要とし、從て法律命令の形式による定立又は條約の公布の如き手續が執られねばならぬとか、法秩序の相違する時はすべての受容は規範定立行爲であり、受容さるべき他の規範の多少とも意義ある轉形を意味するとかいふことは、Laband の既にいつてゐるところで、たゞ言葉遣ひに相違があるだけで、これらのみを以てしては Anzilotti の理論の複雑性は明かとはされ得ない。その複雑性は國際法と國內法の關係について制限的乍らも直接作用性を認めたところに存するのであつて、これが Anzilotti の理論が重要視せらるべきところの所以でもあるのである。即ち Anzilotti は國際法が國內裁判所によつて直接適用され得ることを認め、國內法上の事件の本案の決定に關しては國際法は國內裁判所によつて直接適用されぬが、國內法上の判決が依存する前提問題の決定に關しては、國際法は附隨的に國內裁判所に於て適用され得るし、又適用されねばならない、蓋し國內法上の機關は國內法秩序に依つてその權限の範圍を定められてはゐるが、その限界内に於ては國家の内 (im Staat) に存する法とともに國家に對して (für den Staat) 存する法をも遵守し、適當に之を適用しなければならぬからである。これは裁判官に就ても同様で、その權限の範圍内に於て裁判官はその取扱ふ事件の決定に影響する國際法を適用しなければならないのであると述べてゐる。(7) これは Walz も重要視して述べてゐる如く、國際法と國內法との間に Anzilotti によつてはじめて一つの法律的橋梁が架せられたのであつて、Triepel より Anzilotti への理論的展開の最も重大なる意義を有するとせられる所以である。而してこゝに亦從來の二元論の有しなかつた複雑性と、そしてそれから必然的に生ずる論理的脆弱の惱みが胚胎する譯なのである。これは

後に述べる如く、主として Anzilotti を攻撃した Kelsen の理論中にも觸れられてゐないが、轉形學說の吟味に於ては當然考究せられねばならぬところであらう。以上轉形學說が原則として二元論の必然的歸結であること、然しそこには二元論の理論的構成の如何によつては一途に原始的な轉形學說のまゝに於て理解さるべきでないところの事實が存することを指摘したが、次に一應 Kelsen の所説を聽くことゝしよう。

- (1) Kelsen, op. cit., R.G.D.I.F., p. 1.
- (2) 松原博士「國際法概論」(昭和九年) p. 25-26
- (3) Triepel, a. a. O.
- (4) Laband, Staatsrecht des Deutsches Reichs (Tübingen, 1911) S. 166.
Gneist, Gutachten über die Auslegung des Paragraph 48 der Pr. Verfassungsurkunde, abgedruckt bei Ernst Meier, Über den Abschluss von Staatsverträgen (Leipzig, 1874).
- (5) Anzilotti, op. cit. Cours., p. 404 etc.
- (6) Walz, a. a. O.
- (7) 前掲安井助教教授、「國際法と國內法との關係の再検討」(國家學會雜誌、第四八卷、第九號、八三、八四頁)。Walz, a. a. O., S. 36-40.

二、所謂轉形學說に對する Kelsen の純粹法學的批判

- A. 國際法の基礎理論に關する問題——
- B. 純粹法學的理論の展開一條約理論修正への提案——
- C. Kelsen の所説の概括

以上の如き所謂轉形學說と對抗する Kelsen の學說は、轉形學說に對する純粹法學的批判の形式で、最近総合的な發表があつたことは既に述べた通りである。Kelsen の學說は轉形學說の根幹をなす基礎理論たる二元論と最初から既に對蹠的な立場に置かれてゐるのであつて、この基礎理論に對する論駁から始められてゐることは蓋し當然のことであらう。然しこの

點は轉形學說を云々するまでもなく、既に論議し盡されたところであつて、何等新しき所說とは認められない。寧ろこの論文で注目すべき箇所はその後半に現はれる純粹法學的一元論に基く條約理論への理論的展開であつて、從來基礎理論に終始した論争が、より實定法的な、より具體的な國際法規範定立手續に關する轉形理論に移行して來たと見るべきである。その獨特の論理的尖鋭性はよくこの分野までも包含して一貫せる法論理的完成を現出して居り、更に自己の世界觀より出發したる國際法社會完成への努力とその熱情は隨所に轉形學說が有するといふ Kelsen の所謂「君主主義的イデオロギー」を指摘して、これに對して皮肉的な論鋒を向けてゐるのである。その當否は後に論ずるとして、此處では先づ Kelsen の所說を忠實に紹介するに止めたいと思ふ。即ちその所說の第一は國際法の基礎理論に關するものであつて、こゝでは國際法と國內法との關係の一元的構成理論の立場から、國際法はそれが國內法の一部を成すとの憲法規定のない場合でも、當然國內的に效力を及ぼす、即ち國際法に直接適用性があることを述べてゐる。これは換言すれば、各國の憲法の實體法規又は慣習法が斯の如き規定を設けてゐないばかりでなく、轉形行爲の必要をも規定して居ない場合である。その所說の第二は條約理論中の締結手續に關する實定法上の問題であつて、それは、前記の轉形行爲の必要が各國國內法中に規定された場合であるのである。

A. 國際法の基礎理論に關する問題

- (一) 國際法の客體に關する問題——(二) 國際法の主體に關する問題——
- (三) 純粹法學的批判の必然的歸結——所謂轉形學說の主張に對する全面的否定

(一) 國際法の客體に關する問題

規範は常に個人の行動を對象とする——人の行爲の二要素——
 人的要素と物的要素——國家の行爲と個人の行爲——

Kelsen は先づ國際條約が締約當事者として關與したる國家のみに對し權利義務を生じ、條約を締結したる國家の機關及び國民に對しては之を生ぜぬとの斷定を下す如き觀念が不當なることを指摘して次の如く論じてゐる。(1)

規範は常に個人の行動を對象とする 法は人の社會生活の規律である、一般的法秩序である。特にそれが設けるのは權利義務である。然るに人の行爲は個人^の行爲に他ならない。何等個人の行爲を對象とせざる規範、即ち權利義務は正しき内容を有せざるものであつて無意味である。何故ならば、若し規範が個人に對して權利義務を生じないならば、それは事實上人に對して何等の權利義務を生ぜざるものであるからである。

人の行爲の二要素—人的要素と物的要素 然し乍ら、規範が特定の個人の行爲を對象とすることは必要でない。規範は行爲を行ふ個人を必ず同時に決定することなく——權利又は義務の形態の下に——一定の行爲を目的となし得る。規範の客體をなす人の行爲の中には結局二箇の要素が區別さるべきである。人的要素(主體的要素)と物的要素(客體的要素)が即ち是れである。即ち一定の作爲、不作爲に關係する人と、その人が右の作爲、不作爲によつて完成する行爲とである。規範はそれが強制せられ、且有效なるがためにはこの二要素を決定したる完全なるものでなければならぬ。若し規範がこの要素の一つを決定しないで置くならば、それは不完全であり、従て第一の規範が決定しなかつた要素を決定すべき第二の規範によつて完成されねばならぬ。但し人的要素を決定する規範が物的要素を決定する規範に先在することもあれば、又この逆の場合もある。國際法が一定の行爲について、例へば敵對行爲開始前の戰爭宣言の義務について國家を拘束するといふ場合、國際法は物的要素を決定するに止まる。行爲の主體の決定に關する規範——國際法はその決定を各國の國內法秩序に委任する——の補充を必要とする不完全規範なのである。

國家の行爲と個人の行爲 然し國際法秩序が國家に對して權利義務を生ずる場合は、個人即ち該國家の機關及び國民に對しても同時に權利義務を生ずるのであつて、國家は個人なくしては作爲も不作爲もなし得ない。國際規範の内容をなす國家の作爲、不作爲は、個人の作爲、不作爲そのものである。國際規範は國家に對してのみ權利義務を生ずるも個人たるその機關や國民に對して之を生ぜぬとの説は國際法規範について一切の法的效力を否認することになる。若し國際規範が純粹に法的假設たる國家の他には權利義務を生ぜぬとするならば、それは人を強制せず、從て何ものを強制せざることになる。(2)

- (1) この基礎理論に關する Kelsen の所説については、前掲横田教授譯「純粹法學」その他の文献に詳細に述べられてゐる。
- (2) Kelsen op. cit. R.G.D.I.P., p. 5-9. この點に關する Anzilotti の所説に對して Kelsen は次の如く論駁してゐる。(p. 9. note 1) 即ち、「Anzilotti は國際的權利義務の主體としての國家の觀念を確定するの必要を明かに感じて居り、又抽象的又は假設的觀念たる國家が權利義務の客體たり得ざるやうに感じてゐる。從て彼は假設としての國家を現實的存在を示す國家によつて置換しようとして、國際的權利義務の主體たる國家は一つの「社會團體」(groupe social)、一つの「集合體」(collectivité) なりとする。然し乍ら、科學的見地よりすれば、この「社會團體」の觀念は之を論理的に分析し、その歸一的表現を含む要素として再生せしめなければならぬ。この「社會團體」又は「集合體」はそれ自身存在するものではない。それはこれを構成する個人から區別せらるゝものではない。その作爲、不作爲は、一定の個人の作爲、不作爲以外の何ものでもない。而して團體の「名に於て」作爲、不作爲をなし、その行爲が團體の「責に歸せしめられる」(imputer) ところの、この個人の決定は、正しくその「團體」を構成する秩序、即ちこの團體の構成員の相互關係を規律する規範の行ふべきところである。若しこの事實——より正確にいへば、その事實の内に於て權利義務の内容を成すところの作爲、不作爲——を把握せんとするならば、「團體」(groupe) にて止めて置いてはならぬ。それは個人にまで及ばねば

ならぬ。即ち「團體」は個人間の特殊關係にすぎぬ。而してこの關係は個人の相互的行爲を決定する秩序なるものを構成する。個人はそれらの行爲が一つの秩序によつて規律さるゝを以て、又規律される方法によつて團體を形成する。「規律」(réglementation) は義務付け (obligation) 又は權利付け (habilitation) を意味する。「團體」は秩序である。而して若し團體が關係なりとすれば、それは權利義務を構成する關係である。これは多數人の行爲を規律する特殊的秩序以上のものでない。國家なる社會團體でもそうであつて、國家に對し一定行爲につき權利義務を生ずるといふことは、科學的検討の要請に従て國家の觀念をその眞の要素に分析すれば、それは一定の行爲につき個人に權利義務を生ずること、更に特殊的方法、集合的方法によつて權利義務を生ずることを意味する。Anzilotti の如く團體に對して生ずる權利義務は「集合體の權利義務なり」とするだけでは充分でない。何故なれば「集合體」なるものは個人間の關係の集合に他ならぬのであつて、權利義務の可能な主體ではない。關係又は關係の集合は權利義務を有し得ない。蓋し「權利」及び「義務」はそれ自身關係なるが故である。Anzilotti は人格化されたる國家の背後に、行爲を行ふ個人の實在を充分認めて居り、從て transformation の必要に對する絶對的確信がなかつたに拘らず、從來の二元論的構成のためにその絶對的必要を是認し續けたのである。」

(二) 國際法の主體に關する問題

國際法の主體は國家のみにあらず——國際法と國內法との關係に關する一元的構成理論と二元的構成理論——國際法の直接適用性——人的要素を決定する國內法秩序の存在は轉形か——完全なる國際法規範

Kelsen は次に所謂轉形學說の根本的な基礎理論たる二元論の論理的歸結が國際法の主體を國家のみに限るとの議論に到達することを指摘し、これは國際法が法として有すべき、權利義務の發生といふ本質的機能を否定

することとなり、國際法の力を能ふ限り縮減せんとする政治的傾向を如實に曝露して居る旨を攻撃して次の如く述べてゐる。

國際法の主體は國家のみにあらず 二元論に従へば、國際法と國內法とは全く相違したる別個の規範である故、一般國際法及び特殊國際法の規範の効力は國家の内部へは透徹せず、個人を拘束するを得ない。いはば法秩序の表面に止まらねばならない。又國際法の特殊の手續、即ち條約の締結によつて定立される規範も、締結のみによつては未だその本質を提示しない。國際條約規範が創生せんとする國家の義務が有効に發生するには、該規範は該國家の法律——更に精確にいへば、國際法規範が未決定のままにして置いた人的要素のみならず、國際規範によつて既に一度決定されたる物的要素をも決定する國內法規範——でなければならないのである。二元論では物的要素を決定する國際法規範が人的要素を決定する國內規範によつて補足されるといふ表現は許されない。國際法規範の内容が反覆されることが更に必要であると考へるのである。これは一元論の立場と全く相容れない考へ方であることは云ふ迄もない。

一元論と二元論 斯くて轉形學說と之に反對の Kelsen 學說との對立の根底に横たはるものが、國際法と國內法との關係に關する一元的構成理論と二元的構成理論の對立であり、更にその最も中心點がこの國際法の主體に關する論争であることが明かとなるのである。

國際法の直接適用性 國際法規範が、その創設したる權利義務の客體たる行爲を行ふべき個人を何等直接的に決定せざるに拘らず、又それが不完全であり、且補充せらるゝ必要あるに拘らず、尙ほ有效且拘束力ある規範と考へられるのは、この個人を決定する——換言すれば人的要素を決定する——不可分のなる補充的規範があるが爲であり、又此等の補充的規範が國際法規範定立の時に既に存在してゐるが爲である。個人に直接權利義務を發生せざる規範を包容する國際法はこの補充的規範、即ち國內法秩

序を先在的に想定するからこそ個人に權利義務を生じ得るのである。

人的要素を決定する國內法秩序の存在は轉形か 以上述べたる如き國際法規範が未決定のまゝとして置くところの人的要素を決定する國內法秩序の存在は、必ずしも國際法の國內法への「轉形」(transformation)とは考へ得られない。それは全體的統一を形成するところの法定立手續の一斷面にすぎない。國際法規範は直接人的要素を決定しないが、それは他の國內法秩序との關係に於て、間接的に之を決定するのである。

完全なる國際法規範 然し乍ら、國際法規範、特に國際條約規範は人的要素を直接決定することも出来る。即ち國際法規範は、國內法秩序の補充的規定を必要とせず、國際法の規定したる行爲を遵守すべき個人の決定を、その規範内容そのものから生ぜしめることが事實上存し得るのである。國際法規範、特に國際條約は——特に多數國間條約によつて——直接商人、使用者又は勞働者に權利義務を生ずるところの商法又は社會政策上の規範を定立し得るからである。斯の如き規範は法律又は命令の如き國內法秩序の規範を更に必要とすることなく、國家の機關及び國民に對して直接適用せられ得るのであつて、何等其處には技術上不完全なところはないのである。

(三) 純粹法學的批判の必然的歸結

——所謂轉形學說の主張に對する全面的否定——

轉形の必要は國際法の性質より生ぜぬ——それは又國內法の性質よりも生ぜぬ——Anzilotti の所說に對する反駁

以上の如き Kelsen の主張に對して轉形學說は、國際條約規範は國際秩序の領域に於てのみ權利義務を發生するに過ぎず、國家の機關或は國民に對して權利義務を發生せしめるがためには、當該條約、更に精確にいへば該

條約によつて定立されたる規範は、國內法秩序の法律形式の一つに、即ち法律又は命令に轉形されねばならない。即ち條約規範の内容は法律又は命令の内容とならねばならぬと主張する。これは一元論的見地から見て條約の規範が完全でないときでも、完全であるときでも、又國家の憲法が、この種の轉形を豫見した規定を直接にも間接にも包含しない場合でも、一切の場合に於て同様なのである。通常轉形なる作用は、條約締結後、憲法上の手續に従て、該條約の内容を反覆する法律命令を制定する場合及び、官報又は法令集中に條約正文を公表するを以て足れりとなす場合に生ずるとされる。そこで Kelsen は轉形行爲の必要、即ち國際條約規範の内容の國內法に於ける再生の必然性は、若し生ずるとすれば、(1) 國際法の性質からか、(2) 國內法の性質からか、又は (3) 國際法又は國內法の實定的法規からのいづれかより生ずるのであつて、それ以外からは生じ得ないものであるとなし、その各々について検討を進めて行くのである。

轉形の必要は國際法の性質より生ぜぬ 先づ第一は國際法の性質そのものから轉形の必要が生じて來るか否かの問題であるが、Kelsen の得たる結論は否定的である。即ち國際條約の方法によつて定立される規範は如何なる内容をも有し得るのであつて、法の定立は、この内容に關する限り、此處では何の制限にも服さない。この意味からすれば、國際契約規範は諸國の國家機關によつて直接その國民に對して適用され得べき規範として現はれ得るのであつて、國際契約規範の本來の意義が、國民に對して直接權利義務を發生すること、換言すれば、直接適用の可能なる規範であることからすれば、この場合、國際契約規範がこの意味に従て適用されることに對して國際法の立場から反對すべき何ものも存しないといふのである。

それは又國內法の性質よりも生ぜぬ このことは國內法秩序の立場から見ても同様であると Kelsen は論ずる。即ち、國際條約の方法によつて定立される規範は、國內法の見地よりすれば、國內法秩序の一部分とし

て現はれる。即ち國內法秩序の機關は、それに權限を付與する憲法の規定に従て、國家の代表たる資格に於て、條約の締結に参加したのである。一定の機關に對して國際條約締結の權限を付與する憲法規定は、正しく立法權の設定、又は憲法規定によつて國家元首に歸屬せしめらるゝ、法律たるの效力ある命令を制定する權限の設定と同様に、規範定立の授權なのである。而して前述の如く國際條約締結權が何等の制限にも服さない以上は、國際條約は國內法秩序の見地からしても、如何なる内容(特に法律と同一の内容)をも有し得るであらう。國際條約締結權は通常の立法手續と併存する別の規範定立手續の制度を意味するものであつて、この手續の介在によつて、憲法を變更したり、又國家の機關や國民に對して直接權利義務を發生する規範を定立することが出来るのである。従て國內法秩序の内部にあつては、國際條約と法律とは同一基底に立つ國內法の二淵源として考へられるのである。この同化は明示的に規定され得るが、それは決して必然的なものではない。

若し國際條約が斯の如く法源として法律と同化されるならば、法律正文と同一方法によつて、條約又は少くとも若干の條約——明かに法律又は法律の變更に關係あるもの——の正文を官報中に公表するのが適當であるが、國際條約が憲法によつて法律と同化されるならば、國內法秩序の見地からは如何なる「轉形」も必要でない。轉形は實定法の見地よりすれば——條約規範が完全にして技術上適用可能なる場合——國內法秩序が(直接又は間接に)法律形式によつて條約内容を反覆すべきことを規定してゐる場合の他は必要なりとは見られ得ない。然しこの場合と異なり斯の如き規定なきときも、條約が國內法秩序の體系に於ては法律と同一の職能を有することとは確である。たゞ一つの相違は、條約規範の效力は、法律規範の場合に於ける如く規範定立に参加する國內法秩序に於ける國家の意思にのみ依存することなく、他の國家、即ち該條約締結の相手國の意思に、より多く依存

して居り、從て法律規範は條約規範によつて廢止變更され得るが、反對に條約規範は法律規範によつては廢止變更され得ないのである。

Anzilotti の所説に對する反駁 Kelsen は斯の如く國際法と國內法の性質自身から轉形の必然性を認め得ないことを主張したる後、この兩者の性質の相違を同持する Anzilotti の理論を次のやうに反駁してゐる。

Anzilotti は原則として國際條約が同時に法律たり得るとか、法律たる效力を有するとかいふことは、不可能である、條約と法律とは兩者の屬する法秩序が別箇獨立なるものなると同様にその性質を異にするものである、と述べ、條約と法律の性質上の相違を次の如く説明する。即ち第一に形式的見地よりすれば條約は *pacta sunt servanda* なる根本規範からその拘束力を生ずる約束であるが、法律は一定の法秩序の中にあつて、所與の命令への遵守の義務を課する根本規範によつて拘束される命令である、と。然し乍ら、(以下 Kelsen の議論) 條約と法律の間に相違を設けることは正しくない。同じく形式的見地よりするも、條約は約束ではない。蓋し條約中に規定されるものは定立すべき規範であつて、決してこの規範を定立する行爲ではないからである。(1) 而して條約の有效性及び拘束力の問題である以上、こゝにいふところのものは唯規範のみなのである。何故ならば、條約が拘束力を有し得るのは規範なればこそはじめて可能なのであつて、行爲では、即ち規範定立の手續では不可能であるからである。條約の規範定立と同一の行爲、即ち二締約國の一方の意思表示に關しては嚴密にいへば一つの約束とも考へ得られやう。更に詳言すれば、條約締結行爲の構成要素の一つを成す二締約國一方の意思表示は、必然的とはいへぬが、兎に角主觀的見地から見れば一定行爲の約束を表示するものと解釋され得やう。然し乍ら、それは條約締結行爲の一構成要素であつて、規範定立行爲の全體ではない。この構成要素即ち當該國の意思表示は客觀的見地から見れば、條約の全内容に關係あるものであると解釋せねばならぬ。

更に Anzilotti は條約規範の效力と法律規範の效力を、二つの相異なる根本規範の上に基礎付けんとしてゐるが、斯の如き理論の必然的結果は *pact sunt servanda* の法則は國際法の根本規範ではなく、單なる實定法規、即ち一般慣習法規に過ぎなくなつたのである。然るにこの一般國際慣習法規の中に各國內法秩序の根本規範として考へられねばならない他の實定法規が存在するのである。その結果、國際法と一般國內法、特に國際條約規範と國內法規を二つの相異なる根本規範に歸屬せしめ得ないのであつて、一元論はここに、統一的根本規範の方式を樹立したのである。即ちそれによれば、國內法秩序の基礎をなす如上の規範によつて生ぜしめられたる國際法は、同じくそこに基礎を有する法秩序と共に、統一せる法秩序體系を形成するのであつて、契約國際法も、國內法と同様、その妥當性の最終的基礎を、凡ゆる法の普遍的體系の據り所となる國際法の根本規範の内に有するものである。

Anzilotti は第二に實質的見地より、條約は國際法主體たる國家に歸屬すべき行態を規律し、之に反して法律は國家の立法者の權限に服従する——國家を含む——單一體の行態を規律するものであるとなし、兩者の區別を主張してゐる。然しこの理論は必然的に二面論 (*Zwei-Seiten-Theorie*) に結びつく。Anzilotti の理論は國內法が權利義務を與へる國家は、決して國際條約が權利義務を與へる國家ではないといふ議論に到達する。換言すれば同一の國家に對して異なる二つの法人格を有せしめるのである。これは Kelsen の所説と正面衝突をすところ、從て鋭く攻撃されてゐるのである。以上によつて Kelsen は國內法秩序にて轉形を必要とする旨の規定がない場合、換言すれば、國際法及び國內法の性質そのものから考察したる場合に於て、轉形の必要の生ぜざることを論じ終り、次に、國內法秩序に斯の如き規定ある場合につき、實定法規について検討を進めて行くのである。

- (1) 清宮四郎氏「違法の後法」(美濃部教授還暦記念「公法學の諸問題」第二卷) p. 27 参照。法が實定法としては定立されたる法、而も「人間の行動によつて定立されたる法」であることは、法を純粹に當爲として把握せんとする Kelsen も認めてゐる。(Kelsen, Idee des Naturrechts, in Ztschr. für öffent. Recht, Bd. vii, 1928, S. 236) 然し Kelsen に於ては法の創設は只法によつて規制された、従て國際法規範の内容を形成する法創設の要件(Tatbestand) としてのみ問題となり (Kelsen, Staatslehre, S. 265) 法を創設する人間の行爲は、法の體系内に入ることによつていはば變質 (denaturieren) され、それは最早特に人間の行爲としては問題にならぬ (Kelsen, Staatslehre, S. 266-7) とされる。

B. 純粹法學的理論の展開—條約理論修正への提案

——國內法にて轉形を必要とする場合に於ける問題の検討——

- (一) 條約締結の種々なる態様——(二) 所謂轉形學說の主張する轉形の眞正の姿——(三) 條約が轉形行爲の不要を明示的に規定する場合

以上述べたところと異なり、若し國內法秩序が條約規範の直接適用に反對なる場合、即ち所謂轉形行爲を必要とする場合はどうであるか。Kelsenはこの問題を解決するには一應各國の國內法秩序が國際條約の締結に關して規定する制度の種々なる態様を概觀し、且國際法の見地よりこの制度を検討しなければならないといふ。

(一) 條約締結の種々なる態様

現在各國がその憲法によつて、條約締結につき如何なる規定を設けてゐるかといふに、之を綜合的に概括すると次の如き態様を擧げることが出来るやう。

- 一、國家元首又は政府の一定機關——責任ある大臣の副署を有し又は有せざる國家元首、又は政府の一定機關、又は全く大臣のみ——に國際條約のすべて又はその若干のものを締結する權限、換言すれば、所

謂「批准」行爲を行ふ權限が歸屬する制度。

二、國際條約の批准を行ふ權限、時には之を承認する權限が、立法機關又はその一部、例へば國會又は國會の二院の一方に保留される制度。

三、一切の條約又はそのあるものを人民投票 (referendum ; plébiscite) による承認に付する制度。

四、條約のすべて又はそのあるものを公表し、又は條約の批准或は承認に關する立法機關 (又はその一部) の決定若くは人民投票の結果を公表する制度。

憲法は以上の内第一の規定のみを規定することもあり、第二以下の規定をも附加することもあり、或は又第二以下の規定のみを規定してゐる場合もある。以下その各々の場合に於ける法的意義について検討が加へられてゐる。

(イ) 元首又は一定の國家機關に條約の締結權 及び批准權が歸屬する場合

一般國際法は如何なる人又は機關が國家の名に於て條約を締結すべきやを直接決定せず、又國家がその意思を表示する方法、換言すれば國際法の見地より觀てこの意思表示が有效なるがための方法をも直接決定してゐない。一般國際法は當該國の國際法上有效なる意思、更に精確にいへば該國家の法律上有效なる意思表示を決定する手續規定に關しては之を各國の國內法秩序に一任してゐる。即ち國際法はこの手續の決定を國內法秩序に委任してゐるのである。若し一國の憲法が條約締結權を國家元首に歸屬せしめるならば、國家元首は、その國の名に於て條約を締結する權限を正しく國際法の見地よりしても有することになる。然し乍ら憲法は共和國等によくある如く條約締結權を國家元首以外の政府機關に歸屬せしめることもあるし、又一定の條約の締結權のみを國家元首に歸屬せしめ他のすべての條

約の締結權は之を他の政府機關に保留することもあり得やう。この場合とて、國家元首以外の政府機關は國內法秩序によつて權限付けられたる條約締結權を國際法上でも保有してゐるのである。(1) (2)

- (1) 條約締結權は各國の國內法秩序の規定に關係なく、一切國家元首に歸屬するとの原則が一般國際法中に存在するや否やについては、Kelsen は Anzilotti が斯の如き原則の存在を肯定してゐる (Anzilotti, op. cit. p. 366) ことに對して論難してゐる。(Kelsen, op. cit. p. 25) Kelsen は次の如く述べてゐる。「斯の如き原則は明かに實定法と矛盾してゐる假説、即ち各國家にはある一定の權限が歸屬せしめられ、且唯一人への權限の集中がその觀念を特徴づけてゐる國家元首が存在してゐるとの假説から生じたものであつて、全然存在不能のものである。憲法の中には國家元首の職能を多くの機關に分轄してゐるものがあり、現に斯の如き憲法が存在してゐるが、此等の機關のいづれもが國家元首を特徴づける權限を充分具有してゐない以上、これを國家元首と考へることは出來ないのである。又憲法の中には國家の元首の權限を規定するに當つて之に條約締結權を歸屬せしめない場合もあり、又制限的にのみ之を歸屬せしめる場合もある。従て國際法が各國の國內法秩序と矛盾する如き原則を一擧に樹立せんとするが如きは適當でない。一般實定的國際法の效果的發達は斯の如き原則の存在を否認する。蓋し一般國際法は國家の内部的生活には干涉せず、従て所謂「國家意思」に當るものを表示する手續についても特に干涉しないからである。」この Kelsen の説は確固たる地位を保有する國家元首の存在する國家に於ては奇異に感ぜられるが、共和國によく見受けらるゝ甚だしく權限の狭少なる大統領の如きもの (隣國支那に於ける國民政府主席の如き亦然り) を想起すれば、充分考慮されなければならぬことが明かとなるであらう。

Kelsen は前記の原則が存在すべからざるものなりとする第二の理由として次の事實を指摘する。即ちこの原則は國家元首の一切の行爲、従て條約を締結する行爲も亦、責任ある大臣の協力(副署等による)を必要となす旨の民主主義的憲法の規定と牴觸する。斯の如き規定によれば、條約の締結は多くの機關の關與を必要とし、決して前記原則のいふ如く國家元首のみにては行

はれない。從て若しこの場合、國家元首の批准行爲が國際法上も大臣の副署を必要とすることを認めるならば、斯の如き國際法規範の内容は、國際法が國家意思形成手續の決定に關して一度委任したところの各國の憲法の規定に從て、各國毎に決定されねばならぬと論斷せざるを得ないやうな矛盾に陷る。更に第三の理由は明示的な憲法規定により、或は國家の慣行によつて、行政問題に關する如き第二次的なる條約（所謂略式合意、政府間の行政的協定と稱せられるもの）が關係大臣又はその下の行政機關によつて直接締結され得る事實に反することである。若しこれが——現にそうである如く——國際法の見地より許容されるものであるならば、この點について國際法は國內法秩序に委任したものであると認めなければならない。若し假にある國の憲法規定が如何なるものであるに拘らず、國際法上、國際條約が國家元首の意思に基く行爲に依るの外、有効に締結され得ないとするならば、國際法は他の條約締結方法を規定する憲法、即ち當該國の國內法秩序と牴觸する結果を生ずることになる。以上の三箇の理由から Kelsen は前述の原則に反對してゐるのである。

- (2) 前註にも關聯する問題であるが、憲法が條約締結權を國家元首以外の政府の一機關又は他の數箇の機關に歸屬せしめてゐる場合と雖も、若し國家元首が、その國の名に於て條約を有効に締結し（即ち條約締結事項に於て國家意思を表示するといふ主觀的意義を有する行爲を完成し）、而して此等の條約（即ちこの條約中に表示されたる國家意思）が有効に實現するならば、換言すれば、若し該國家元首がその代表する國家の名に於て條約を締結したる場合その國家の關係機關及び國民が現實に於て該條約によつて定立されたる規範によつて拘束されるならば、更に換言すれば、實際に於て條約を締結する國家元首が、その行爲によつて當該國の機關及び國民に對して該條約を實施する如き決定を行ふ恒久的永續の權限を有する場合、斯の如き國家元首は一般國際法の見地から見れば、その憲法の規定に拘らず、條約締結權を有するものと考へられねばならないといふ意見が述べられてゐる。Kelsen によれば、斯の如き場合に於ても國際法と國內法秩序は牴觸しないのである。蓋し國內法秩序の見地から見ても、國家元首の有效且永續的行爲が慣習の方法によつて國內

法（即ち條約締結に關する憲法規定）を改變するものなることを認めなければならぬからであるといふのである。

（ロ） 立法機關に條約の批准權又は承認權が保留される場合

若し國家の憲法が、國家元首又は他の政府機關に歸屬する條約締結權に關する規定に加へて、更に立法機關又は該機關の一部が、條約のすべて又はそのあるものを承認し、時には批准すべき旨の規定、或は一切の條約又はそのあるものが人民投票に付せらるべき旨の規定を含む場合は、斯の如き規定は次の如き二つの意義を有するものと考へられると Kelsen は論ずる。

第一には、立法機關の行爲又は人民投票は條約——更に正確にいへば條約締結權を有する國家元首又は他の政府機關によつて定立されたる規範——の拘束性(有効性)には何等の關係も有しない。換言すれば、立法機關の行爲も人民投票も、——憲法上の意義に於ては——國家の有効なる意思形成手續の構成要素を成してゐない、この意思は絶對的に政府の機關によつて(或は政府の二、又はそれ以上の機關の協力によつて)表示されるのである。この場合、立法機關又は人民投票による承認又は批准に關する規定は全く制裁を缺き、従て *lex imperfecta* となるか、或は締結されたる條約を議會に提出し或は人民投票を組織する義務を有するものに個人的責任を生ぜしめる（従てこの規定の不履行の場合制裁を受ける）といふ結果になるに過ぎない。(1) この場合、嚴格にいへば、外部的見地と内部的見地の間に區別を設けることが出来る。即ち條約締結に關する國家の意思表示は、立法機關の協力又は人民投票を豫め規定する規範が遵守されるや否やを問はず、立法機關が條約を受諾するの如何を問はず、又人民投票がそれに有利なりや不利なりやを問はず、有效なのである。外部的見地よりすれば、即ち條約を完成する國家の意思の表示に關する限りに於ては、單に政府機

關による條約の締結に關する規定のみが考慮に入れられるに過ぎないのである。一方内部的見地よりすれば、それは専ら條約の承認に關する規定の不履行、又は完全に有效なる條約の締結について關係機關の責任問題が存するのであるが、この對外的見地と對内的見地との差異は國際法規範と國內法規範との間の差異ではなくして、國內法秩序の二つの異なる規範の間の差異である。即ち一方は條約の締結に關する規範、他方は立法機關による承認又は批准に關する規範(結局ある機關の個人的責任に關する規範)といふ二規範の間の相違なのである。たゞ第一の規範のみは一般國際法によつて委任されたものである故、國際法規範と考へられねばならない。蓋し國際規範の定立、從つて國家の對外關係の定立を規律するのは正にこの規範なるが故である。

然し乍ら前記の如き憲法規定は更に他の意味を有する。即ちそれは憲法の規定する形式によつて立法機關が條約に對して與ふる同意又は人民投票による條約の受諾は條約の締結自體にも必要であることを實際に於て意味し得るものである。換言すればこの行爲は憲法上の義義に於ては當該意思の形成——即ち他國の意思表示と共に條約締結なる事實狀態を構成する國家意思の表示——を規律する手續の構成要素である。從つて憲法が立法機關又は人民に對して斯の如き條約締結への關與を許容する國家によつて條約が「締結」されたといひ得るがためには、この憲法の意義に於ては、國家元首或は他の政府機關が何等かの形式の下に當該條約を締結せんとする意思を表示しただけでは未だ不充分であつて、更に立法機關が該條約の正文を承認又は批准し、或は條約が人民投票にて受諾されることが必要なのである。國家の意思、即ち國際法の見地より條約締結に必要な意思は、該國家の憲法によれば、相異なる性質の多數機關(政府機關及び立法機關)の協力によつて、換言すれば、複合的公的行爲により、且甚だ複雑なる手續に從つて形成されるのである。而して如何なる場合に立法機關の協力又

は人民投票を規定する憲法規定が、條約締結のために構成要素となるかといふことは當該憲法の解釋問題なのである。(2)

國家の元首は必ず條約締結權を有する、條約締結に對する國會の關與の如きは單に「對內的」關係に於て考へられ得るに過ぎぬとの理論の法律上不當なるは前述の通りであるが、憲法に於て條約の締結に國會の關與を規定してゐる立憲君主國及び民主共和國の國家元首は國會の干涉あるに拘らず實際に於て條約を批准するものであり、又斯の如く全く單獨に締結したる條約を尊重すべき旨を他の國家機關及び國民に要求し得ることあるは何としても之を認めねばならない。然し國家元首が成文憲法の精神及び文言に反して、國會の關與なく條約を締結する權限を有することあるは有効の原則 (principe de l'effectivité) によるのであつて、一般國際法規範によるものでは決してない。斯の如き場合に於ける立法機關の協力と國家元首の條約締結行爲との關係については細心の檢討が必要とされる。(3)

茲に注意しなければならぬのは、國會又は國民による承認が、國家元首の批准行爲と同様、條約に關する國家意思形成手續の構成要素であり、この手續は規範制定者を定むるものとして、同時に國內法であり、又國際法である性質を帯びるものであるといふことである。若し國家元首による條約の批准行爲が國際法上の行爲を成すならば、それは國際法が憲法に對して條約批准權を國家元首に歸屬せしむべきことを委任するからである。この國家元首の批准行爲は憲法上の見地からすれば國內法上の行爲なのである。而して若し國家元首の批准行爲を同時に國內法上及び國際法上の行爲なりと考へるならば、國會又は國民による承認——憲法が此等の行爲を以て條約締結の構成要素となすから——に關しても同様の見解を執らねばならぬであらう。國會が條約を承認する行爲（又は人民投票による條約の承認）、更には官報による此等決定の公表を以て轉形と解釋すべきではないといふのは斯かる點に存する。こゝでは規範定立に關して二箇の手續は存在

せずして、唯一つの同じ手續が存するのみであるからである。(4)

- (1) 立法機關又は人民投票に正式に付託されたる條約が此等によつて承認されざる場合は、條約締結の責任を有する國家元首又は——多くの場合は——之に副署せる大臣が個人的責任を負ふことになるのである。
- (2) Kelsen, op. cit. p. 30. 憲法史に基けば、立憲王國の憲法に於ける條約締結に對する議會の協力は、立法分野に於ても行政分野に於ても從來條約締結に關する外交政策が國王の專權であつたものを、議會の關與によつて抑制せんとする希望に出でたるものであることは一般に認められてゐるところである。憲法規定が明示的に「承認」を規定し、又は明示的に——例へばオーストリア憲法の如く、——議會の承認又は同意が「條約の有効性」に必要な旨を規定する場合、人々はこの規定に對して時に憲法的な價值を付したのである。憲法の規定に「國王條約を締結す」とあつても、他の機關がこの「締結」即ち條約の完成に協力すべからずと規定してゐないから、若し憲法の他の條項に「國王の行爲は責任ある大臣の副署を要す」と規定されてゐるならば、憲法の文言上國王の專權と見らるゝ條約締結行爲も、それが有効なるがためには他の機關の協力を必要とすべきことは云ふを俟たない。

斯の如き人民代表に對する若干の權限の付與によつて生じたる國王及びその政府の權限の制限を、憲法の解釋によつて、可能なる方法により、可能なる範圍に互つて解除せんがため、憲法學者が努力した結果、一つの憲法學說が生じた。それは條約締結に關する國會の關與は「國內的見地」に於てのみ考へ得られるといふのである。この學說に従へば、對外的見地よりすれば、即ち條約の有効なる締結に關しては、國王のみが權限を有するのである。これは前述の理論の基礎となる政治論的學說であつて、立憲王國及び、特に民主共和國の憲法の實體規定と矛盾するものであり、且亦決して實定的國際法上の原則でもないのである。

- (3) 立法機關の協力が必要なりとする憲法規定が存する場合に於ては、國家元首が條約の完成のため行ふ行爲は、從來の如く、この條約の締結を完全ならしめる意思表示の意味に於ける條約の「批准」を成すものと考へられてはならない。「批准」はこゝに於ては國家又は國民によつて表決される承認の内に

こそ存するものであつて、國家元首による「批准」は締結せんとする條約の内容を目的とする意思表示、即ち、多くの關係機關の協力より生じたる意思表示の構成要素なのである。「批准」なる術語は、斯の如き構成要素の一つに用ゐるときは特に不正確なる如くである。それは、以前に行はれたる行爲に對する確認又は承認の如く考へられる立法機關の行爲——假令實際上それが國家元首の行爲と同一價值、同一順位且同一程度の行爲であつても——に用ゐることが望ましく、現に「批准」なる語によつて、國會が條約の正文を承認するための表決を指すこともある位である。(Kelsen, op. cit. p. 32.)

- (4) Kelsen, op. cit. p. 33. 此等各種の行爲の順序に關して憲法が何等規定してゐない場合は、國會又は國民による承認が國家元首又は他の政府機關の行爲に先行する。後者の行爲は他の行爲が完成されたる後でなければ行はれざる故である。この場合此等國會又は國民の承認行爲は、條約締結について、即ち詳言すれば條約の内容を目的とし、且右の條約規範(更に正確にいへば、この規範に對する協力)の定立を目的とする國家の意思表示の行はるゝ手續の最終行爲を行ふことについて政府機關に對して與へるところの權限授與の性質を有する。この最後の方法は國際法のテクニツクの見地よりすれば最も優れたものである。何故ならば契約意思は當事國の一方によつて表示されただけでは充分でなく、更に他の當事國に了知せしむるやうに表示されねばならぬ。即ち、他の當事國が前記當事國の意思表示の事實によつて了知することが必要である。然るに國家元首又は他の政府機關は、他國に對して斯の如き通告をなし、又はその下にある行政機關によつて之をなさしむるには、國會等よりも遙かに優れてゐる。この通告は國家意思表示の最終的行爲のあつた後直ちに行はれるから、ある國の條約締結が多くの機關の協力を必要とする場合に於ては、條約締結に關して憲法の規定する一切の行爲を完成した旨をこの通告中に明示的に記載することが望ましいのである。

各國でこの契約意思の表示方法を出來得る限り簡單且容易にすること、換言すれば條約締結權を出來得れば唯一箇のもの又は機關に與へることは、國際關係上極めて利益なることは明かであるが、他方各國に於てこの意思表示を一定の形式で行ふことも國內政治上の利益のため必要でもある。これは一

切の對外政治を決定する事項につき（國家の意思形成にも）國民代表の關與を必要とする民主主義國家に於て顯著である。如何に條約の締結を容易ならしめんと欲しても、少くとも現在の發展段階に於ては、國家憲法を完全に尊重してゐる一般國際法の現狀に一致せざる解決を求むることは不可能である。（Kelsen, *op. cit.* p. 34.）

（ハ） 條約の公表が必要とされる場合

次は條約の公表に關する問題であるが、憲法によつて公表を規定されるものは大體次の如きものである。

（1） 條約の正文、即ち條約締結行爲によりて定立されたる規範。

（2） 條約規範の制定行爲、即ちこの行爲（結局はその手續）が完成されたる事實、例へば條約が兩國の元首によつて批准せられ、且國會によつて承認せられ、批准書が交換され又は他國政府によつて寄託されたる事實であつて、この公表は條約締結の場所、月日、或は效力發生の日の表示を伴ふ。この公表は又該國の國會又は人民投票による承認若くは受諾の事實の如く、部分的行爲のみに關しても行はれ得る。

（3） 最後にこの公表は條約締結の行爲又は部分的行爲と、この形式の下に該條約によつて定立されたる規範とに同時に關係し得る場合もあるのである。

この公表行爲は國家意思形成手續の——憲法により規定されたる——構成要素たるの性質を有し、従てこの國家意思は公表が正しく行はれたる後にはじめて與へられるものであると理解すべき場合が考へられる。又條約を承認又は批准する國會の決定に關する公表の場合に於ても、この承認が憲法上條約締結の構成要素ならば、法律の公表に類似して行はれるその公表も亦前と同様に理解されねばならないのである。然し國會の條約承認決定の公表は法律の公表とは次の如き異同關係がある。即ち效力を發生すべ

き一定内容の規範を目的とする意思表示であることは同じであるが、條約承認の公表の場合は、この條約の効力が他國による行爲の完成に依存してゐること、公表されたる條約は法律とは異なり、法律によつては改變され得ないことの二點に於て相違するのである。

若し憲法が條約の定立行爲又は條約の規範、又は兩者を同時に、公表すべき旨を規定し、或は條約締結の部分的行爲(即ち國會の承認)がその内容(即ち條約正文)と共に、國家意思を有効に表示し得るがためには、法律と同一方法によつて公表されねばならない旨を規定する場合に於ては、斯の如き公表は國際法上も正しく強制的となるであらう。これは望ましいことではないが、他の意味には解し得ない。然るにこの條約の公表は條約締結によつて定立されたる國際法規範の國內法規範への轉形の價值を有すると從來主張されて來たのである。

この公表が若し憲法によつて(從て間接には之を委任したる一般國際法によつて)規定されたる國家意思形成手續の構成要素として考へられねばならぬならば、この場合それは轉形の價值を有せざるものであつて、國家元首の批准行爲に對する國會の承認が條約締結に關する構成要素の性質を有するも尙その行爲が轉形と看做され得ざると同様である。これは繰返していふ如く、同一規範が國際法及び國內法の相異なる二つの形式に於て現はれる場合の外轉形の問題は生ぜぬからである。轉形が存し得るためには二つの相異なる規範定立行爲が存在しなければならぬ。然るにこの場合にあつては、公表行爲は條約規範を定立する國際法上の手續の部分的行爲に過ぎぬのである。そこにはこの國際的行爲と區別さるべき國家の規範定立行爲は存しないのである。それは國內法の性質又は國際法の性質を帶びる行爲の同一要素であつて、そのいづれの性質のものなるかは、憲法の見地より解釋するか、或は之を委任したる國際法の見地から解釋するかに従て定まるのである。

一方若しこの公表行爲が前記の如き構成要素を成さずとしても、それは適當なる意義に於ける轉形の性質を有するものでない。こゝに於ては公表は既に有效なる、從て公表なくとも國家の機關及國民を拘束する規範の單なる告示の性質を有するに過ぎぬ。

(二) 所謂轉形學說の主張する轉形の眞正の姿

然し乍ら通説の認むる如く、憲法が條約の公表を以て當該條約の効力に對する條件としてではなく、この條約から生じ得る該國家の機關及び國民に對する權利義務發生の要件として規定する場合でも同様であらうか。轉形學說の基礎となる根本觀念は實にこゝに存するのであつて、この場合條約公表の意義は——轉形學說に従へば——國家機關及び國民を拘束する唯一の規範たる國內法規範を正しく定立することである。斯くて公表は規範定立行爲の性質を有するに至り、轉形學說の主張する正確なる意味に於ける有效なる「轉形」ともなるのである。(1)

然し乍ら、斯の如く公表の必要が國內法秩序の規定から導かれるとされる場合に於てすらも、國際條約規範の内容を國內法規範の内容として制定する行爲は眞正なる意味での轉形ではない。何故ならば、若し國家の機關及び國民が、斯の如き公表行爲の欠缺したるとき拘束されないとするならば、即ち國家元首の批准によつて完成されたと考へられる條約の締結が、彼等に義務を課し、權利を與ふるに未だそれだけでは充分でないといふならば、國家自體もこの場合權利義務を取得したものとは考へ得られない。これは前にも述べてある通りである。若し條約の内容が法律命令中に再生されぬ限り、又は條約が官報中に公表されぬ限り、國家の機關及び國民に對して權利義務を生じないとするならば、轉形の觀念の下に考へられてゐる行爲、即ち條約規範内容の國內法秩序の形式による再生行爲は、國家を義務付ける意思形成手續の本質的要素として考へられねばならず、從てそれ

は國家元首の條約批准行爲と共に始まる手續の連續に過ぎなくなる。この批准は國家に權利義務を與ふる規範を制定するにはそれのみでは充分でなく、國內法秩序の規定によれば正に完成される必要があるのである。國家元首による批准には轉形と稱せられる行爲が附加されねばならぬが、この行爲は正確なる意味の轉形ではない。この場合の轉形は事實に於ては、未だ未完了且未完成のまゝなる第一の規範定立手續の連續にすぎない。従てこの所謂轉形行爲は同一内容の規範が既に効力を發生した後に行はれるのではない、規範——唯一且同一の規範——が効力を發生するのは轉形行爲が完成されてから後である。國家元首の批准行爲と所謂轉形行爲との關係は立法手續に於ける國會の決定と國家元首の裁可との關係に類似してゐる、即ちこのいづれの場合も、唯一且同一の國家行爲を構成する同格なる部分的要素を意味するに他ならないのである。

この状態は國際法上の見地からも同様である。國家意思形成手續に關しては國際法は國內法に委任するのであるから、所謂轉形行爲は國內法秩序から國家の機關及び國民に對する權利義務發生の要件をなす場合に於ては、國家を義務付ける意思を形成する國際的手續の構成要素であると考へられねばならない。所謂轉形行爲は國際法に於ては國家元首の批准によつて始まるところの意思形成手續（規範定立手續）の連續にすぎない。國會による條約の承認、官報によるその公表、條約の内容を法律中に再生する行爲、或は轉形の終了後條約を公表する行爲等、一見すれば純然たる國內的手續の如きものが種々あるが、その國際的性質を有するや否やは、憲法の規定する手續の一切の行爲が全部完了しても、それのみでは強制規範を定立するに不充分であつて、「國內の見地」から見てのみ充分なるにすぎない事實を想起するとき判然と之を區別し得るのである。

斯くて國際法秩序と國內法秩序を相互に全く獨立せる二箇の法域と考ふる二元論的觀念の歸結として、轉形學説は同一規範を二度定立することに

なる。然し實際に於ては、次の如き結論が抽出された。——即ち、若し一定内容の規範が一度定立されて有効となるならば、この規範の新たなる定立はすべて無駄である。若しそれが無駄でなく、且實體法の規定がこの規範の新たなる定立となる如く思はるゝ行爲を必要とするならば、それはこの場合該規範が未だ確定的に定立されてゐないことを意味するに過ぎないのである。(2)

- (1) この轉形にも、憲法の規定せる形式に従て制定される法律中に條約内容を再生する通常の轉形と、官報に條約を公表するのみにて足れりとする單純化されたる轉形の存することに關しては、Kelsen, op. cit. p. 38. 又轉形に關する Anzilotti の説及びその論難に關しても同處を参照。
- (2) Kelsen は次にその研究を達成するに必要な若干問題の分析を行つてゐる。第一に取上げた問題は、各種の規範についてその適用される主體に従て効力を別々なりとするのが出来るか、換言すれば唯一且同一の規範について、個別的相異的な効力範圍を（即ちこの各範圍について相異なる定立行爲の必要を）認めることが出来ないであらうかといふ問題である。或は相異なる規範は相異なる効力範圍を有するが故に、この場合相異なる規範定立行爲を必要とするともいへやうが、この觀念は、對内的見地より考へられる國家と、對外的見地より考へられる國家の間の區別、即ち國家を一方とし、その機關及び國民を他方とする兩者間の關係に適用することは出来ないであらう。蓋し前記の如き觀念は、機關及び國民なき國家を考ふる全く抽象的な觀念に過ぎないからである。(Kelsen, op. cit. p. 43)

第二に考ふべき問題は國家の義務にも規範に従ふべき義務と、規範を制定すべき義務とがあることである。例へばある外國の領土に於てある犯罪を行ひたる者をその國の要求に基きて引渡し、或は一定の年齢に達せざる幼少年の工場に於ける雇傭を禁止するといふ如く、一定の行爲を爲すべき國家の——即ちその機關及び國民の——義務と、一定の方法により従ふべきことをその機關及び國民に強制する内容を有する規範を制定すべき國家の義務との間の區別である。この後者の義務は國家の立法機關又はその立法機關によつ

て代表されたる國家——それは同一である——に關するものであり、之に反して前者は當該國の行政機關又は司法機關又は各官吏に關するものである。一定内容の規範を制定すべきことを國家に強制する條約規範は通説たる轉形學說の見地からするも何等轉形を必要とせずして直ちに國家の機關、即ち立法機關を拘束する。國內法秩序は何等斯の如き規範の轉形を規定しない。實體法、即ち各國憲法は國家の立法機關（即ち立法機關によりて代表される國家）を直接拘束することに少しも反對しない。通説たる轉形學說の見地からすれば、そこに明白なる矛盾が存する。この學說は結局に於て國內法に對する國際法の性質自體から轉形の必要を導き、國際法規範は國家のみに權利義務を生じ得るもので、その機關又は國民に對しては之を生ぜぬと考へて居る。從て論理的正當さからいへば、轉形の必要は、行政機關又は司法機關の一定の行爲に關する義務のためのみならず、立法機關の一定の行爲に關する義務のためにも必要である。即ち換言すれば、行政機關又は司法機關の一定の行爲によりて完成さるべき國家の義務に關する場合のみならず、國家の負ふ義務が立法機關の一定の行爲によりて完成さるべき場合に於ても必要なるべきである、たとへ國內法秩序が立法機關の如何なる義務をも該國に關して發生しない時でも、この立法機關に對する法律的義務は國際法より發生し來るのである。從て「國家」の義務なるものは全くいづれかの機關の義務以外ではあり得ない。蓋し義務なるものは必然的に人の行爲を客體とし、それは國家機關の職能を終局的に行ふ個人行爲以外ではあり得ないのである。

然し乍ら、條約規範によつて生じたる義務が狹義の政府の行爲、即ち最高行政機關の行爲をその客體とする場合に於ても、最近の轉形學說は、國家機關の機能を行ふ個人に法律的義務を生ずるために國家の法律を必要としないのである。從てこの學說の見地からしてきへも轉形の普遍的必要を云々することは出來ないのである。（Kelsen, op. cit. p. 45）

（三） 條約が轉形行爲の不要を明示的に規定する場合

國際條約が特定の行爲につき、ある國家の行政機關及び國民に對して、直

接的に權利義務を生ずる規範を定立したる場合、若くは條約が、當該規範が當該國行政機關により直接その國民に適用さるべき旨の明示的規定を有する場合、即ち當該國が一切の轉形行爲を差控ふる義務を負ふ場合は、當該國の憲法が斯の如き轉形行爲の必要を規定するに拘らず、次の如き二つの場合が考へられる。即ち、第一は該條約規範が轉形に關する憲法規定を即時的に變更すると考ふことであり、第二は——該國憲法が憲法上の法律形式による以外は憲法の變更を明示的に認めてゐない事實によつて第一の解釋が排除される場合であつて——この條約は該國に對して轉形行爲を必要とする規定の廢止のため、該憲法を變更すべき義務を課するものであると考ふことである。但しこのいづれの場合に於ても、この條約の効果は明かに條約の意圖する具體的な場合にのみ限定せらるべきものである、換言すれば、所謂轉形行爲を規定する憲法の規定の廢止は條約實施に必要な範圍内に於てのみ行はれるに過ぎないのである。(1)

(1) Kelsen, op. cit. p. 47.

C. Kelsen の所説の概括

以上 Kelsen の行つた分析の主なる結果は同教授自らによつて次の如く概括されてゐる。(1)

1. 所謂轉形 (transformation)、即ち國際條約規範の内容を國內法秩序特有の形態に於て再生 (reproduction) せしめることは、該條約規範が技術上完全にして、且國家機關によりて直ちに適用可能なる時は、國內法秩序が直接的にも又間接的にも何等この轉形を規定せざる限り、全く必要でない。結局轉形なるものの必要は、國際法の性質からも、又國內法の性質からも生じて來ず、唯國內法秩序の實定的規定からのみ生じ來るものである。假令斯の如き規定が欠缺するも、條約によりて定立されたる國際規範の直接的適用性、即ち該國家の機關及び國民に對し該規範によつて直接權利義

務の發生することに對しては全く反對し得ざるものであつて、この場合國際條約は國內秩序の内部に於ては法律の職能を行ふのである。

2. 所謂轉形なるものは、國內法秩序が轉形を以て、條約規範の内容をなす行態に對して該國の機關及び國民に法律上權利義務を發生せしめるための要件となす時に於てのみ、必要となるに過ぎない。然し乍らこの場合、條約の内容を再生する國內法規範を制定する行爲は轉形と稱するに適したるものでない。何故ならばこの行爲は、他の法域に於て既に一度定立されたる規範の再生をなすものではなくして、同一規範を定立する統一的手續の連續に過ぎないからである。蓋しこの場合、國內法規範の定立は、國際法の見地よりすれば、國際法上有效なる方法によつて國家の契約意思を形成する——即ち該國家に權利義務を生ぜしめる規範を制定する——手續の根本的構成要件を成すものなるが故である。

3. 從て所謂轉形なるものは無用なるものであるか、或は又本當の意味での轉形ではないのである。この轉形行爲の絶對的必要を肯定する轉形學說なる理論に一致する意味での轉形は存しない。換言すれば、國家に權利義務を生ずべき國際法規範が定立されたる上は、又「外部關係について」該規範の効力が發生したる上は、國內法秩序の方式に従ひ、國家の機關及び國民に權利義務を發生せしめる目的を有し、且前記國際法規範と同一内容を有するところの該國家の「内部關係について」のみ有效なる規範を定立する手續は最早存在しないのである。

4. 技術上完全なる國際規範の内容を國內法秩序の特有の形體(法律、命令、官報・法令集による條約の公表)にて再生せしめる行爲の絶對的必要を肯定する轉形學說は實定法に反する結果——或は少くともその可能性——を生ずるに至るであらうところの法的假定の典型的實例を提供するものである。又それは實定法に反して——論理的歸結として轉形學說を生ずる——二元的觀念に到達する政治的傾向の典型的表現でもある。この理論は

Begriffsjurisprudenz なる語によつて特徴づけられたる方法の顯著なる實例でもある。何故ならばこれは法の本質又は國家の本質に對する假説、即ち國際法の觀念又は法秩序の實定内容たる國家の觀念の先驗的定義を推定せんとする試み、換言すれば推定されたる觀念から實定法規を推定せんとする試みをなすものであり、更に精確にいへば實定法規範の上ではなく、抽象的觀念の上に基礎づけんとする試みをなすものであるからである。

(1) Kelsen, *op. cit.* pp. 47-94.

第三 本論争に對する法律經驗を 基調としたる考察

一、各國及び各國裁判所に於ける國際法の地位——二、Kelsen の所説
に對する一考察——三、Walz の執りたる理論的構成。

以上を以て所謂轉形學說の要領と、そして之に反對する Kelsen の理論のやゝ詳細なる紹介を終つた。之を要するに兩者の間に横たはる法構成理論の關する限りに於ては、兩者の議論はその盡きるところを知らないであらうし、現状のまゝでは寧ろ同じ處を往來するのみで新しき進展は見られないであらう。たゞ原始的二元論を基調とする轉形學說は、たゞ論理的見地よりのみすれば、そしてその政治的傾向の如何なるかを默殺すれば、恐らくその理論的構成の強靱性に於ては一元論の理論に充分對抗し得るものといひ得べく、流石通説だけあつて法律經驗上からいつても、純粹法學的一元論がその方面に於て有する脆弱性に比較すれば遙かに強固なる地位を誇り得ることは確かであらう。そこで Walz が執つた方法に倣つて一先づ法律經驗の立場からこの論争を検討して見たいと思ふのであるが、其處では Kelsen が今回の批判では殆ど觸れてゐない國際慣習法規に關しても併せて考察を行ふこととする。

一、各國及び各國裁判所に於ける國際法の地位

——國際法違反の國內法の妥當性の問題——

ドイツ——英國——米國——その他——國內司法裁判所による
國際慣習法規の適用に關する問題

國際法の國內的効力に關する二箇の對立せる理論は次に法律經驗に照合

して將に之に合致するや否やを檢討されなければならない。此處では先づ各國に於ける國際法の國內的效力に關する實定的規定、各國裁判所に於ける國際法の適用に關する實狀(1)等を概観するのであるが、特に條約と相並んで國際慣習法規の適用についても特別の關心が拂はるべきであり、又國際法違反の國內法の妥當性の問題が如何に取扱はれてゐるかも一應検討されねばならない。(2)(3)

先づドイツに於ては(4)(5) ヴイマール憲法第四條に「一般に承認されたる國際法はドイツ國法の一部たる效力を有す」との規定がある。(6) ナチス政權の樹立後新憲法が未だ發布されて居ない現在、ヴィマール憲法の地位については種々議論が存するが、兎に角ヴィマール憲法の下に於ける諸制度は特に變更されぬ限り存續してゐると看做されてゐるし、且ナチス政權の下に於ても國際法の原則的尊重は屢、高調されてゐるから、この第四條も當然效力を持續してゐると認められねばならない。元來ドイツに於ける裁判所は如何なる學說によつて影響を受けてゐるかといふに、やはり最初は絶對的に Laband-Gneist の條約理論及び Triepel の理論が支持されて來てゐる。一時ウィーン學派の出現によつて論争時代があつたが、結局二元論に落着き、これはヴィマール憲法制定後も變化がなかつたやうである。即ち條約及び國際慣習法規をドイツの聯邦制定法の一部として適用し居るのである。(然し裁判所が條約を適用する場合は決して憲法第四條による旨を述べず、同條に於ける一般に承認されたる國際慣習法規とは區別してゐる如くである。) 裁判所が轉形學說を絶對的に支持してゐる最適例として挙げられてゐるのは Reichsfinanzhof が一九二六年十二月七日に判決を下した Rhineland Ordinances 事件である。同事件に於て裁判所は「國際法は國家間に於いてのみ權利義務を發生せしめるものである。(Triepel, Völkerrecht und Landesrecht. S. 110, 287) それは絶對的に國家のみに關するものであつて、國家機關(例へば裁判官)或はその國民に關するも

のでない。後者は國內法についてのみ主體たり得べく、國際法に對してはそれが制定法又は慣習によつて國內法に轉形されたる場合に限り主體たり得るのみ。一切の國際條約は國內法へ『轉形』又は『受容』されたる後はじめて裁判所及び國民に對し法律の效力を取得するものである。(「轉形學派」、Strupp, Grundzüge des positiven Völkerrechts, 1926, S. 12 參照)』(7)となし、Triepel の理論は國際法優位に基く Kelsen 及びウィーン學派の新理論によつて置換されたりとの被告代理人の抗辯を斥けて曰く「この理論は Strupp も前掲書第十二頁に述ぶる如く、一つの意見(先驗的假設)に過ぎず、將來に於ては或は國際法優位に導くことあらんも、當分の間は斯の如き國際法優位は之を認むることを得ず、當裁判所は當分の間は Triepel によつて確立されたる理論(轉形學說)に従ひ、Rhineland 同盟委員會の命令につき之を適用するものである」(8)と。然してドイツの裁判所は國際法と關係ある國內法を取扱ふに際しては常に「疑の存する場合には、其の國際法がドイツを拘束するものなる以上は、出來得る限り之と調和するやう國內法を解釋すべきである」との原則を遵守してゐるが、其處には萬已むを得ざる場合に於ては國際法違反の國內法の妥當性も認められ得る餘地が存してゐる。尙ヴィマール憲法の下に於ては、「聯邦法は州法に優先す」との原則の下に聯邦法の一部たる國際法は州法に優先する地位を與へられてゐたのである。

次に英國に於ては(9)「國際法は common law の一部たる效力を有す」といふ原則がある。判決例の一致するところによれば、國際法違反の Act of Parliament の妥當性は肯定され、國際法違反の Order in Council の妥當性は否定される。換言すれば、國際法は common law の地位を與へられ、Order in Council には優先するも、Act of Parliament には優先されるのである。

又米國に於ては(10)合衆國憲法第六條第二項に「合衆國の國權に依り締

結されたる、若くは締結せらるべき一切の條約は合衆國の最高法律なり」と規定されてゐる。然し乍ら裁判所の判決例によれば、條約違反の合衆國法律が新たに制定されたる場合は、國內法上に於ては、その法律が妥當性を有し、官廳及び國民を無條件に拘束するものとされてゐる。

スミス(11)、フランス(12)、ベルギー(13)に於ても大體前記三國に類似し大同小異なる現状にある。いづれの國に於ても國際法違反の國內法の妥當性を認めざるを得ない多くの事實が存する。たゞ一九三一年のスペイン新憲法はその第六十五條第三項に於て國際法違反の國內法の制定を部分的且つ制限的乍ら禁止し、第二百一十一條により裁判所に法律の違憲審査權を付與してゐる。これは極く小部分であるけれども、斯の如き規定が無制限的であつたならば國際法違反の國內法の可能性は存しなくなるわけである。

以上述べたところを通觀するに、各國國內法秩序に於ける國際法の取扱、特に司法裁判所に於けるその問題に關して得たところは、殆ど例外なく二元論の理論に合致する如く見える。國際法違反の國內法は結局は國家責任によつてその妥當性を否認せらるゝ運命にあるものであつて、この國家責任が忠實に行はれる限りに於てはその妥當性は暫定的なるものに過ぎない筈である。然しこの國際法違反の國內法の問題は兎に角として轉形の必要だけは原則として各國等しく認めて居るところであるやうである。けれどもそれだけでは問題は未だ確定的に解消されたとはいへないであらう。成程各國は原則として確かに國際法の轉形の必要は認めて居り、特に條約に關しては明確なる轉形規定が存してゐるやうであるが、國際慣習法規については必ずしもそうとはいへない。國際慣習法規——それは一般に認められたる國際法の原則とか、自國の受諾したる國際法とか、時にはドイツの國際法、フランスの國際法といふ様に呼ばれるが——が裁判所によつて適用される場合果して何時それが轉形されたるか明瞭なる場合は少いやうに思はれるし、事實、裁判所が如何なる態度にて、又如何なる程度まで之

を認めるかは、その適用に當つて裁判所が何等その妥當性の根據について理由を明かとしないうちによつて甚しく曖昧な状態に置かれてゐる。特に憲法中に國際法が國內法の一部たる效力を有する旨が明示的に規定されず、慣習として認められてゐるやうな場合、この轉形行爲が何時行はれ、又如何にして行はれたるやを知ることは頗る困難なことであらう。例へばこれに關聯する二三の問題としては、憲法にあらざる國內法の規定中に、例へば我國の海戰法規(大正三年)第一條に於て「帝國軍艦は戰時に於て本令、其の他の法令及條約の規定に依り海上捕獲、其の他の敵對行爲及戰爭の目的を達するに必要な一切の措置を爲すことを得、其の規定なき事項に付ては國際法の原則に準據すべし」といふやうな文句があつたならば、裁判所は斯の如く國內法の定めたる範圍内に於て關係ある國際法の原則のみを國內法として適用するのであるか、即ち、この場合は國內法の下級法規がその關係領域に於て國際法の個別的な轉形を行ふものとなし、他の國際法を適用し得ざるものであるかといふ問題もあるであらうし、更に困難なる問題としては斯の如き一般に認められたる(又は受諾されたる)國際慣習法規を裁判所が適用する場合に於ては、此等の國際慣習法規は當該國家の他の國家機關等——例へば行政府又は立法府——によつて現に國內法に轉形されたものであるか、それとも國家機關として裁判所が斯の如き國際慣習法規を判決に採り入れることによつて、その場合はじめて轉形が行はれたと見るべきや、果して斯の如き裁判所による採入れが轉形行爲なりや否やといふやうな問題があらう。後者の問題に於て裁判所は恰も國內法上慣習をその判決に採り入れることによつて之を法に編入することが出来る如く、國際法上の慣習も同様に法に編入することを得るものであるか、若し國際法と國內法を性質の異なるものとして區別するならば、國際慣習と國內慣習も之を區別しなければならず、裁判所が國際法を直接適用し得ずとすれば、國際慣習をも直接適用し得ざるわけである。(11) 然らば裁判所は

前記の如き轉形行爲を行ふ權限はなき筈であるから、裁判所がその判決に國際慣習法規を採り入れる以前に、他の國家機關による轉形が存しなければならない。然るに裁判所による採り入れ以前に何等轉形がなかつたとすれば——國家の慣習によつて默示的な轉形が行はれてゐると見ることは餘りにも非理論的である——裁判所による採り入れの事實は如何に解釋せらるべきであらうか、それはやはり國際慣習法規の直接適用と見なければならぬのではなからうか。こゝに Anzilotti の理論に對する必要なべき再検討への重要な楔機が存するのである。(12)

- (1) 今まで述べた轉形學說やその反對説は一つの理論問題であるが、裁判所に於ては理論に止まらず、いづれを選択すべきかといふ實際問題となるのである。裁判官はこの選擇の自由を有すると共に選擇を行ふ義務があるのである。これは特に條約の解釋などに關聯して困難なる問題を生ずる。(拙稿「條約の解釋に關する研究」第一章、第三節、早稻田法學、第十五卷所載)
- (2) 安井助教教授、前掲、國家學會雜誌、第四九卷、第一二號、p. 38-41. Walz, *a. a. O.*, S. 171-187.
- (3) ドイツ、スウェーデン、フランス、ベルギーの裁判所に於ける國際法適用の問題については Ruth D. Masters, *International Law in National Courts*, 1932. 又英米に關しては Scott, *Legal Nature of International Law*, *A. J. I. L.*, vol. i, pp. 831 et seq. Willoughby, *Legal Nature of International Law*, *A. J. I. L.*, vol. ii, pp. 35 et seq. 及び Masters, *op. cit.*, p. 16, note 6 に掲げたる文獻參照。又拿捕審檢所に於ける本問題については Garner, *Prize Law during the World War, 1927*, pp. 142-203.; Verzijl, *Droit des Prises de la Grande Guerre*, 1924, pp. 72-156.
- (4) Walz, *a. a. O.*, S. 171-177. ドイツに於ける條約締結に關する慣行は本問題と相當深い關聯があるが、これについては拙稿「獨裁國ドイツに於ける條約締結權」(早稻田法學部會誌第五號 pp. 217-230) 參照。
- (5) 1871-1919 年、即ち、ヴィマル憲法制定以前に於ける帝國裁判所での國際法の適用は次の如くである。即ち、條約に關しては、帝國裁判所は立法上の

承認を得、且帝國官報(Reichsgesetzblatt)に公表されたる條約を適用し、斯の如き條約は聯邦制定法の性質を有するものとなした。條約と後の制定法との牴觸は立法者が前の條約を侵害するの意思なかりしものとの推定を以て制定法を解釋することによつて避けてゐた。又國際慣習法については、ドイツによつて受諾されたりと思はるゝところの一般に承認されたる國際慣習法規をドイツの國法の一部として適用してゐた。これと制定法との牴觸については條約に於けると同じである。

- (6) ゴイマール憲法第四條の制定の沿革及びその解釋については Masters, op. cit., pp. 55-57.
- (7) Z. V., Bd. xiv, S. 440, 444 Masters, op. cit., pp. 82-83.
- (8) Z. V., a. a. O., S. 445.
- (9) 安井助教授、前掲 pp. 39-40 Walz, a. a. O., S. 177-182.
- (10) 同上、Walz, a. a. O., S. 182-186.
- (11) 中島重氏、「法源」、法律學辭典、IV. pp. 2448-2450
- (12) 後述、p. 51-53.

二、Kelsen の所說に對する一考察

先に紹介した Kelsen の純粹法學に基く轉形學說の批判には傾聽すべき多くのものが存することは明かである。轉形學說が包藏する二元論的理論に對する法律論理的攻撃は既に云ひ盡されたところであつたが、この法律論理の方法によつて國際法規範、特に條約規範定立手續の諸要素即ち轉形學說の主張する所謂轉形行爲を、彼自身の立場から、即ち一元論の立場から、見事なる論理的整然さを以て觀念付けたることは、從來の基礎理論から條約理論への展開として充分注目に値すべき新しき議論であつて、條約理論修正の一提案とも受取れる。然し乍ら、この理論的成功にも拘らず、從來彼の反對者によつて彼に向けられたる次の如き批難はそのまゝ此處でも用ゐられるであらう。即ち Kelsen の議論を一貫するものは、そしてその

本質的基礎をなすものは「先驗論理的な統一的構成であり、其の分野は常に客觀的な實定法の妥當性の範圍外に存し、此の理論の歸結は法律的經驗に明かに矛盾してゐる。其は單に規範論理的な可能性を構成するに止まるが故に、決して法律的經驗の領域に到達することは出來ないのであつて」(1)彼の先驗的要請の不充分性は、たゞこの要請の内に於てのみ決定を求めることなくして、その要請に従て法律經驗を形成せんと企てるところに根本的に證明せられるのである。(2)例へば所謂轉形行爲たる法律命令の形式による條約規範内容の再生、又は條約の公布を以て、條約規範定立の構成要素となし、この定立手續の全過程に於ける一斷面なりとしたるが如きその適例であつて、法律經驗の示すところは必ずしもそうではないのである。この議論はその前提たる基礎理論を認めてはじめて可能なのである。こゝに Kelsen 學說の苦惱が存するのである。

(1) 安井助教教授、前掲 國家學會雜誌、第四八卷第一〇號、p. 100.

Walz, a. a. O., S. 103.

(2) Walz, a. a. O., S. 487.

三、Walz の執りたる理論的構成

そこで本論争に對して法律經驗の立場から考察を行つた結果、現在の狀態では二元的構成理論に立脚する轉形學說が、Kelsen の理論よりも法律經驗と矛盾すること小なることが判つたから、現在通説と認めざるべからざるこの理論の最も authoritative なものとして、Walz の轉形理論を——一般理論については既に有益なる文獻が存するから轉形に關係あるところを——極めて鳥瞰圖的に概観して見たいと思ふ。(1)

Walz は本稿冒頭に紹介した彼の著書に於ては、先づ從來の二元的構成と一元的構成の對立を多元的構成と單元的構成の對立によつて置換し、それを基礎として國際法と國內法との關係について如何なる理論構成が論理

的に可能であるかを考察した。次に從來の學者の議論をこの論理的に可能なる各種の理論構成に類別して概観したる後、法律的經驗に適合する理論的構成が如何なるものかを斷定し、この理論を論證すべき多くの法律經驗上の事實について緻密なる實證的研究を行つてゐるのである。Walz は法律經驗の檢證を先づ國際法違反の國內法の妥當性の問題から始め、その結果、各國の國內法秩序に於て斯の如き妥當性を認めてゐることを確認し、次に、國際法主體の範圍の問題に於ては、國際法上の權利義務は法律上の集合體としての國家に歸屬し、個人には歸屬せざることを斷定してゐる。更に國際法の妥當と實施の態様を論じたる後、國際法は諸國家の國內法秩序の上に立つものであるが、その直接の作用は國內法秩序の内部には透徹せず、國內法上の認可、即ち transformation によつて個人に及ぶものであるとする。そこで Walz は國際法を實質的意義に於ける國際法と形式的意義の國際法の二つに區別し、前者を以て國家のみを拘束する本來の意義の國際法を指し、後者を以て國內法上の行爲、即ち transformation によつて國內法的性質を帶びたる國際法を指すことにした。

斯くて Walz は結局に於て國際法と國內法との關係について制限的な國際法優位——Delegationstheorie に基くものでない——の多元的構成なる理論的構成を提示するのであるが、國際法が二重の性質を有するとなす議論は我國でも美濃部博士が既に執つて居られるところと大同小異である。即ち博士は「國際法と國內法とが其の性質を異にするものであることは承認しなければならないが、併し兩者は決して無關係ではなく、共に國家に關する法であることに於いては共通の性質を有し、隨つて同一内容の法が一面に於いて國際法であると同時に一面に於いて國內法たる二重の性質を有することが有り、隨つて又單一の權利が一面には國際法上の權利であると共に一面には國內法上の權利であることは決して怪むに足らぬ」(2)と述べられて居り、この點ではこの兩者の議論は殆ど一致してゐる。博士

も又條約の國內的效力に關しては公布を以て絶対に必要な要件とされ、そこに轉形學說の理論を執つて居られるのである。

Walzの理論は前記の如く從來の二元論とは異なり、——彼の言葉を藉れば究極に於ては理論經濟の問題で、共に論理的には可能なるも、その選擇は合目的性の觀點より決定されるのであるが(3)——法律經驗に基き、且國際法の發達を促進せしめる意圖を有する最も高き價值を有するものの一つであつて、國際法の妥當と實施の態様に照應し且國內法の有する國際法保障機能(die völkerrechtliche Garantiefunktion des staatlichen Rechts)を認めることによつて、彼の所謂「國內法を通じてなさるゝ國際法の原則的な間接化」(grundsätzliche mediatisierung des Völkerrechts durch das staatliche Recht)として轉形の必要を確認したのであつて、斯くてWalzは最も新しき轉形學說の代表者となつたのである。

然し乍ら、未だWalzの理論構成に對する賞揚のみを以て本問題に關する検討を終るのは尙早である。成程Walzは、(又美濃部博士も)國際法と國內法の密接なる關係を認めることによつて從來の峻別的二元論とは異りたる二元論(又は多元論)なるが如く提示されるが、この兩法域を原則として制限なしに分離して、國際法の國內的效力につき轉形の必要を認めることに於てはTriepelのそれとは異なるところがないのであつて、Triepelとの區別は轉形後の國際法の性質に關してである。従て兩者の議論は轉形の問題に關する限りに於て、換言すれば國際法の直接適用性ありや否やの問題については、理論の歴史的過程から見れば、Anzilottiの理論からTriepelの理論への復歸とも見られるのである。

- (1) 安井助教授、「ヴァルツに依る國際法優位構成の修正」國家學會雜誌、第四九卷、第一二號 pp. 36-58.
- (2) 美濃部博士、「國法國際法一元説を駁す」(法學協會雜誌、第五〇卷、第四一六號)「ケルゼン學說の批判」(昭和十年) p. 131, 162, 163. この主張は同博士

もいはるゝ如く、最初國內法國際法の關係に關する峻別的、徹底的二元論を執らるゝ立博士に對する論駁として述べられたのが、最近は一元的構成理論を執らるゝ横田教授に對する論駁として述べられてゐるので、正に兩極端の中間を行くものと認められて居り、又同教授自身認められてゐるところである。

- (3) 安井助教授、「ゲアルツに依る國際法優位構成の修正」、國家學會雜誌、第四十九卷、第十二號、p. 48 Walz, a. a. O., S. 248-250.

第四 結論—將來へ残されたる若干の問題

一、制限的二元的構成理論の行方、——二、轉形理論の包藏する未解決の問題——三、本論争の背後に横たはる問題、Kelsen 學説の有する一つの意義——四、結語

國際法の國內的效力に關する論争は以上のやうに轉形學説と轉形否定學説とが相對立し、各々その遵奉する基礎理論に立籠つてゐる状態である。轉形否定學説たる Kelsen 理論は條約理論に於ける純粹法學的理論の展開に將來への興味はつながれて居るが、その基礎理論に於ては既に言ひ盡されて行詰りの感がないでもない。二元論は Walz によつて幾分理論的展開が行はれたものの、未だ充分なるものとは云ひ得ない。然らば本論争は依然從來の二學派の對立がそのまゝ將來も長く續けられるのであらうか、將來への問題があるとしたらならば如何なところに残されてゐるか、それを本項では考へて見たいと思ふ。

一、制限的二元的構成理論の行方

先づ第一に考へられねばならないのは本論争の不可分的要素たる基礎理論についてである。現在轉形學説の基礎となつてゐるのは Triepel の峻別二元論と、Walz の代表する、より峻別的ならざる二元論であつて、これらが一元論と對立してゐる以上は、その基礎理論に於て兩者は既に並行線上の二線となつて居り、理論的展開はその各々の分野に於て別箇的には行はれるに過ぎない。そしてその結果は兩者の懸隔は益々大となるばかりであらう。そこでこれらとは新しき理論の可能性が考慮されるに至るのは當然のことであり、又この新しき理論とは兩者の中間を歩むべきもの、又兩者の接近によつて生ずべきもの以外でないことも當に疑なきところである。

以上の理由により、我々は假令極限された範囲内とはいへ、國際法と國內法に法律的橋梁を架して、國際法の部分的直接適用性を認めた Anzilotti の理論構成の方向を見定めねばならない。前にも述べた如く、Anzilotti は「國內法上の判決が依存する前提問題の決定に關しては、國際法は附隨的に國內裁判所に於て適用され得るし、又適用されねばならぬ」(1)となしてゐる。國內法上の事件の本案の決定に關しては國際法の直接適用性を認めないのであるから、その範囲は甚だ極限されてゐる。然し乍らいづれにせよ、この部分に於ては轉形の必要が認められねばならない譯である。しかも前述の如く各國國內裁判所に於て、特に國際慣習法規に關しては確乎たる説明がなきにせよ、その直接適用性が相當程度に認められてゐる——勿論その國內法との牴觸に於ける優先の如何は別として——法律經驗上の事實は、この議論に有力なる支持を與へるもののやうに思はれる——勿論

Anzilotti が國際法の國內裁判に現はれる場合を組織的に研究した結果であるから、法律經驗に合致することは當然であらうが。斯くて Anzilotti の執る制限的二元論に基けば、その轉形學說に於ても制限的な結果が生じ、ある範囲に於ては轉形が不要であるとの議論が生じて來るのである。これは單なる例外となすべく餘りにも大なる事柄である。そしてこれは Kelsen も觸れなかつたし、Walz もこの Anzilotti の議論を重要視しながら——論理的不徹底に對する危惧の故も確かにあつたであらう——素氣なく通過して、Triepel のそれと異なるとはいへ、徹底的二元論と遠からざる理論的構成の選擇へ到達した。そして Anzilotti 自身もこの點に對する理論的展開を行はず、他の學者もそれを試みようとしてゐない。然し Walz のいふ如く國際法と國內法との徹底的な單元的把握への展開の出發點となつたこの Anzilotti の理論(2)は、單元的構成理論に對する一つの示唆としての役割を以て終るものであらうか。又それは Triepel の理論からの脱却を賞揚されて、これを以て功成り名遂げたものとして床の間の置物のやうに骨

董扱ひされてよいものであらうか。Anzilotti の理論は、彼自身が消極的であつたに拘らず、未だ展開の餘地が充分殘されてゐるのではなからうか。轉形の絶對的必要に對する留保は、彼の述べる如き制限された範圍から脱出して更に大なる範圍を形成し得るのではなからうか。制限的二元論の有する眞意義はその從來の「制限」範圍の可能なるべき擴大、そしてその「制限的」なる意味の究明によつて初めて理解され得るのではなからうか——假令論理的な觀念付けは困難なるべきことが豫想されるけれども。

(1) 前述 p. 10.

(2) 安井助教授、前掲、國家學會雜誌、第四八卷、第九號 p. 84. Walz, a. a. O., S. 40. „Genau an diesem Punkt steht die weitere Entwicklung zu einer radikal monistischen Erfassung beider Rechtsordnungen in der Folgezeit ein. Die monistischen Theorien haben in ihrem logischen Systemfanatismus bedeutsame Entwicklung von Triepel zu Anzilotti im allgemeinen gar nicht oder kaum beachtet. Das Pendel schwingt bei ihnen in radikaler Opposition gegen überlieferte Problementwicklungen nach der anderen Seite aus.“

二、轉形理論の包藏する未解決の問題

前項の Anzilotti の制限的二元的構成理論とは異なる從來の二元的構成理論を基調とする(本來の)轉形學說に於ても、未だ解決されざる問題が存するやうに思はれる。即ち、轉形後の國際法規範、特に條約規範の效力、換言すればそれらと國內法規範との關係については更に四つの異なる關係が論理的に可能である。第一は轉形後の國際法(Walzのいふ形式的意義に於ける國際法)——換言すれば國內法としての國際法——と國內法とは全く效力に優劣がないとする平等關係であつて、こゝではたゞ後法は先法に優るといふ原則が行はれるのみである。第二は——以下は全部不平等關係であるが——國內法が國際法に優先する關係で、國際法はすべて國內法に従屬し、之に牴觸せざるやうに解釋適用される。第三は國際法が國內法

に優先する關係であつて、國際法はたとへ國內法に轉形されても、その特殊の性質に鑑みて之に優先的効力を與へ、國內法の之に對する牴觸を防ぐのである。然してこの場合のみ國際法違反の國內法の妥當性は否認され得るのである。第四は特殊國內法のみが國際法に優先し、國際法はその他の國內法に優先する關係である。例へば、憲法（聯邦國に於ては聯邦憲法）乃至最高法のみ國際法によつて優先されず、他の法令は（聯邦國に於ては州憲法も）之に優先されると爲す如きものである。この第四の關係は相對的優先の關係と稱したいが、憲法が最高法として絶對的に優先され得ないのであるから、寧ろ第二の國內法優先關係の一變型と認むべきであらう。而して前記各國の慣行を見れば、第二、及び第四の關係があるのみであることが直ちに明白となるであらう。然し乍ら、法律經驗が如何なることを示すかは兎に角として、二元的構成理論を執つても、轉形後の國際法規範の效力については國際法優位、國內法優位、國際法國內法平等などの關係が存し、決して國內法としての國際法の地位が一定のものではないことが判る。而して Walz のいふ如く、國際法違反の國內法の妥當性の排除が必ず國內法上の行爲で行はれること、從つてその妥當性も暫定的なものであることは相違ないけれども、法律經驗の示すところは、國際法の國內法違反の可能性が餘りにも多すぎる。國內法たる國際法は時には憲法のみならず他の國內法にも優先されるのである。各國家が國際法に違反せざるがためには國際法が優先的地位を占めてゐなければならない。平等的であつてもならない。そして純粹に國際法上の見地からいへば、轉形されざる國際法と雖も國內法事項に關係する限りは優先的地位になれば國際法違反は未然に排除され得ない。然るに事實は國內法として轉形されたる國際法ですら他の國內法に優先されてゐるのである。國際法違反の都度國家責任が問はればよいといふものの、國家責任の義務強制の方法が困難なるため、この國際法違反の事實は當然のことのやうに看做され易い。こゝに國

國際法の發達が阻害される重大なる要因が秘められてゐる。然し乍ら假令各國の國內法秩序が現在斯の如き慣行にあるとしても、理論上に於ては國際法違反を排除するに最も適當なる關係は轉形後の國際法の優位の關係であると主張する可能性及び妥當性は存するのである。(1)

- (1) 美濃部博士はこの點につき次の如き主張をされる。條約の國內法規としての形式的效力に付ては、條約が外國との合意に成るものなること及び條約の締結が(我國に於ては)憲法上無條件に大權に任せらるゝことを基礎としなければならない。條約は外國との合意に成るものなるが故に、一國の單獨の意思を以ては之を破毀することを不得ざることを國際法上の原則とし、而して此の國際法上の原則は憲法の當然承認する所と解しなければならぬ。故に一國の法令を以ては條約に牴觸する規定を設くることを不得ざるものであつて、若し法律命令と條約との規定が相牴觸するときは法律命令は其の限度に於て效力を有することを得ない。又條約を以て既定の法律命令を變更することも出来る。然し條約は憲法の下に於て憲法の認むる大權に依り締結せらるゝものであるから憲法自身(及び國務上の大權と獨立せる皇室法)を變更することは出来ぬ、と。この議論は前に述べたる關係の第四に屬するものである。美濃部博士は又條約と國內法規を峻別し、條約が有効に成立したるに拘らず、之と矛盾せる國內法規が有効に存續し得べしとなす議論を批難せられ、斯の如きは國家の意思を分割し、國家が國際法上と國法上とに相矛盾したる別個の意思を有し得べしとなすものであるが、國際法上の國家も國法上の國家も同一の國家であつて、その意思は單一にして分つべからざるものであると述べられる。若しこの議論が一貫されるならば、即ち轉形後の國際法についても同様のことがいはれるならば、例外なく國際法違反の國內法の妥當性は排除さるべく、二元論の下に於ても、少くとも國際法が國內法に關係ある事項に關する限りに於ては國際法の優先が認められ、前述の第三の關係が生ずべきである。即ち美濃部博士は結局に於て條約の公布による轉形行爲を必要となす議論を執られるのであるが、——博士自身は之を轉形とは考へられぬやうであるが——若しこの國家意思不可分割の理論が徹底すればある制限内に於て

(即ち國內法に關係ある事項といふ範圍内に於て)國際法の直接適用性を認め得ることになり、Anzilotti の制限的二元論と同一の結果となるのではなからうか。又この場合必要なるべき轉形は國內法の實定法規より生ずるものであつて、この點に關する限り恰も Kelsen の主張と合致せるものとなるのではなからうか。兩者の差異は前者が原則として二元論を執り、ある制限内に於てのみ國際法の直接適用性を認めるに反し、後者は一元論の立場より例外なく國際法の直接適用性を認めるにあるのである。

三、本論争の背後に横たはる問題——Kelsen 學説 の有する一つの意義

Kelsen の學説がその理論的見地から見れば既に述べ盡されて別段新しき意義を認め得ぬことは既に述べた通りである。最近の Kelsen の論文に現はれる最も顯著なる特色は甚だしくイデオロギー的なところにある。そしてそれは寧ろ國內公法學者よりも、國際法學者に對して大きな影響を與へる。

Kelsen は轉形學説の論理的歸結の基礎となつてゐる國際法の發達を阻害せんとする政治的傾向を指摘してゐる。(1) 然らば Kelsen の學説は如何なる政治的傾向を back にしてゐるのか、國際法の發達を促進せんとする國際主義的平和思想であると彼も認め人も認めてゐる。そしてこれについて Walz も次の如く述べてゐる。「國際法と國內法との關係の正確なる理論的構成を得ようとする努力の成果を通觀するときは、從來の一元的構成と二元的構成との根本的な對立に於ける激しい論争が、論争の對象的確なる表現と、之に關係する實證的な事實の嚴密な評價に依つて、其の本來の意義を失はなければならないことを知る。……論争は實際的な結果や事實よりも寧ろ構成や名稱に關係してゐる。それにも拘らず激しい論争が續けられるのは、特定の構成の背後には特定の政治的要望が陰蔽されてゐる。

るからである」と。(2) そして Walz は更に「科學的理論は政治的要望を密に促進することを任務とするものではなく、實證的な法律的經驗の示す素材を能ふ限り正確に體系的に把握することを使命とするものであるから、我々は此の現在に於ては稍成果の乏しい論争の分野を棄てて實際的な研究に赴かなければならぬ」(3)といつてゐる。然し Walz 自身大戰後の平和條約が不公平であつて、一方的權力によつて作られ、破壊的意思によつて支配され、到るところに非妥當が感ぜられる、斯の如き國際法のために、長い歴史的發展によつて獲得されたる國內法秩序を犠牲にすることは健全なる法律意識を有する國民を到底納得せしめることは出来ないといふ(4)、暗に彼の理論の楔機が奈邊にあるやを示してゐるのである。斯くて國內法に對する國際法の廣汎なる法學的構成が要望せらるるに拘らず、その背後に横たはる斯の如き政治的傾向あるがために、その發展を阻害されてゐる事實は之を否定し難いのである。そして Kelsen がひたむきに國際主義を振りかざして突進し、二元論が國際法の發達阻止に等しき思想を背景とするものなることを批難するとき、その理論の論理的優秀に幻惑さるゝことなきに拘らず、之に對する我々の批判的立場を甚だしく困難ならしめる。蓋し、國際法學者は國際法の未發達の狀態を他のものによつて指摘さるゝまでもなくよく之を認識して居るのであるが、同時に何がこの發達を阻止してゐるかも亦最も知つてゐるからである。斯くて、國際法の國內的效力に關する論争に關しても又同様のことが云はれ得るのである。

(1) Kelsen, op. cit., R. G. D. I. P., pp. 9-10.

(2) (3) 前掲安井助教授、國家學會雜誌、第四九卷、第一二號、pp. 57-58.
Walz, a. a. O., S. 264-265.

(4) Walz, a. a. O., S. 488.

四、結 語

以上を以て國際法の國內的效力に關する論争の研究を終つたのであるが、本稿の意圖するところは、Kelsen の轉形否認の學説が今回綜合的に發表されたのを機會に、國際法の國內的效力に關する論争を形成する相對立せる二學説として、轉形學説と Kelsen 學説とを並せて概観せんとするにあつたのである。従て、その概観の終りに臨んで觸れたところの、將來に残されてゐると思はれる二三の問題に對する考察も、それは本稿の結論と稱すべきものでなく、寧ろ單なる *memoire* に過ぎないのである。本論争の背後には複雑なる問題が横たはつてゐる。學者は論理的に甚しく神經的になつてゐるやうである。又政治的傾向の如實なる曝露に對して、恐ろしく危惧の念を抱いてゐるやうでもある。斯の如き情勢に於て本論争の歪められざる發展への途は非常に險阻にして且つ困難なることを思はせる。この懸念、そして斯かることなきやうにとの心からなる祈念、それが寧ろ本稿の結語に相應しいのである。

稿を終るに際し、日頃斷えざる御指導を與へらるゝ恩師中村進午先生に深き感謝を捧げる。(一九三七・二・一二)